

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS MARIO GALLEGO SÁENZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 14 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Carlos Mario Gallego Sáenz por intermedio de apoderada judicial presentó demanda para que se condene al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003; los intereses

moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 6 y 7 (archivo 001 CD. fl. 2), en los que en síntesis indicó que: prestó servicios por medio de varios empleadores a través de los cuales realizó cotizaciones al otrora ISS, acumulando un total de 1314,71 semanas, por lo que acudió a la administradora de RPMPD a solicitar el pago de la pensión de vejez, sin embargo, mediante acto administrativo SUB 10324 del 16 de enero de 2020 se negó el derecho pensional, decisión que recurrió, desatándose el recurso en resolución DPE 4429 del 18 de marzo de 2020 en la que se confirmó el proveído. Debido a que de manera alterna laboró para el Magisterio, el Fomag reconoció la pensión vitalicia de jubilación el 4 de junio de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada, en forma legal y oportuna, (archivo 006 del CD. fl.2) Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra frente a los hechos aceptó las semanas cotizadas por el señor Gallego Sáenz, la reclamación administrativa, su resulta, el recurso contra aquella, así como la calidad de pensionado del actor por el Fomag.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2), condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al señor Carlos Mario Gallego Sáenz la pensión de vejez a partir del 14 de junio de 2019, en cuantía inicial de \$1.417.963,85 por trece mesadas anuales junto con el respectivo retroactivo pensional y con los incrementos anuales. De igual manera, condenó al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados a partir del 4 de abril de 2020 y hasta cuando sea cancelado el retroactivo pensional. Declaró compatibles la pensiones de jubilación y de vejez, así como no probada la excepción de prescripción

invocada por la demandada. Condenó en costas a la parte demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones la recurre por considerar que debido a que el actor ya disfruta de una pensión por la secretaria de educación resulta incompatible el reconocimiento de una prestación de vejez en el RPMPD, ya que adquirió la pensión de jubilación el 15 de febrero de 2019, de manera que en virtud del artículo 17 de la ley 549 de 1999, todos los tiempos laborados y cotizados en el sector público serían cotizados para el cumplimiento de esta contingencia. Así, como el reconocimientos se dio con posterioridad al 19 de junio de 2002 es clara la incompatibilidad de las prestaciones.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la demandada Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que la afectan.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es objeto de discusión que la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció a Carlos Mario Gallego Sáenz pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 15 de febrero de 2019, en cuantía inicial de \$2.935.502.00, cuyo pago está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según se establece en la Resolución 4937 del 4 de junio de 2019 (fls. 70 y 71).

COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE VEJEZ CON LA DE JUBILACIÓN QUE RECONOCIÓ EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 -Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006-, en especial su artículo 81, el régimen pensional del Magisterio dejó de ser exceptuado y pasó a ser parte del Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, para aquellos docentes que se vincularon al sector público con posterioridad al cambio legislativo, según lo dispuso el Parágrafo Transitorio 1º, adicionado por el art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

No obstante, los docentes nacionales y nacionalizados que se vincularon al sector público con antelación al momento en que entró a regir la Ley 812 de 2003, siguen sujetos al régimen pensional exceptuado de que trata la Ley 91 de 1989, en virtud del cual pueden optar, previo cumplimiento de requisitos, por una pensión vitalicia de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Estos últimos, que además ejercieron la docencia en el sector privado y efectuaron aportes al ISS con antelación y/o luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y/o lo hicieron a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del momento en que empezó a regir el Sistema General de Pensiones, tienen derecho a derivar también de este régimen legal la pensión de vejez, puesto que, en la hipótesis que se está desarrollando, el régimen pensional del Magisterio es un paradigma jurídico totalmente ajeno e independiente al que se acaba de hacer referencia, razón por la cual sus prestaciones, al tener una fuente autónoma, son compatibles con las que se tienen previstas en la Ley 100 de 1993. Así lo establece el inciso 2º del artículo 279 ibídem, que al tenor ilustra lo siguiente:

“Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”

En esos términos se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien al respecto manifestó:

“Pues bien, en sentir de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal incurrió en los desatinos jurídicos que le enrostra la censura, por cuanto desconoció que no existe ningún impedimento legal que contemple la incompatibilidad entre la pensión de jubilación oficial y la de vejez reconocida como docente por el Instituto de Seguros Sociales; luego la circunstancia de que el demandante fuera beneficiario de la pensión por la labor desarrollada en el magisterio no exoneraba a la demandada de afiliar a su trabajador particular para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, y ante tal

incumplimiento impidió que el sistema le reconociera al actor la prestación de vejez. (...)

Dispone el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que se exceptúan de dicho sistema los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración (Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º).” (C.S.J. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 13 de junio de 2012, radicación 39810).

De manera que no erró el juez de primer grado al determinar la compatibilidad de la pensión de vejez con la de jubilación reconocida por la Secretaria de Educación de Bogotá, ya que el demandante prestó sus servicios como “docente vinculación nacional” desde el 15 de febrero de 1999 y laboró con instituciones de educación privadas cotizando al ISS.

PENSIÓN DE VEJEZ

Solicitó el demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho, con fundamento en los presupuestos establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, que estableció una edad de 62 años y una densidad de más de 1300 semanas.

No existe controversia que el señor Carlos Mario Gallego Sáenz cumplió la edad de 62 años el 14 de junio de 2019, es decir, cuando ya se había introducido la modificación dada al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a través del artículo 9º de la ley 797 de 2003, el cual quedó de la siguiente manera:

“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015....”

Conforme a lo anterior, son dos los requisitos que se deben tener para el reconocimiento respectivo, para quienes los cumplan a partir del 1º de enero de 2014, tener 62 años si es hombre, como en este caso sucede y 1300 semanas para la fecha en que cumpla la anterior edad, lo que para el caso sucedió el pasado 14 de junio de 2019, por lo que se entra a verificar si el demandante

satisface ese mínimo de semanas cotizadas, encontrando que conforme a la documental que obra en el expediente administrativo (carpeta 007 CD. fl. 2) se tiene que las cumple, pues a dicha data alcanzó 1.314,71, semanas cotizadas única y exclusivamente por servicios al sector privado, lo que en efecto le da el derecho al reconocimiento pensional, a partir del 14 de junio de 2019, -día en el que reunió los requisitos para acceder a la prestación-, razones suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Entonces, al efectuar las operaciones aritméticas a través de la oficina de apoyo grupo liquidador de esta corporación, dando aplicación al artículo 21 de la ley 100 de 1993, se obtuvo una suma de \$2.202.032,44, a la que al aplicar una tasa de remplazo del 64.17%, obtenida conforme los señalado en el artículo 10 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 34 de la ley 100 de 1993 se obtiene una mesada pensional inicial de \$1.413.044,22, a partir del 14 de junio de 2019, por 13 mesadas anuales, cuyo retroactivo liquidado a 31 de enero de 2022 asciende a \$50.708.529,93. Advirtiendo que dada la fecha a partir de la cual se otorga el derecho prestacional no operó el fenómeno prescriptivo.

Debido a que la cuantía de la prestación en esta instancia es inferior a la establecida por la juez de primera instancia, se procederá a modificar en ese sentido la sentencia apelada y consultada.

INTERESES MORATORIOS

Ahora, el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

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

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional, es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales” y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP). Por tanto, cuando se reconoce y

paga tardíamente la pensión, como en el caso que nos ocupa, dado que la promotora de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión y la entidad demandada se ha negado a su reconocimiento, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

Así, como el actor reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 4 de diciembre de 2019, según se observa a folio 20 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 4 de abril de 2020, esto es, vencidos los cuatro meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 9º de la ley 797 de 2003; fecha a partir de la cual se encuentra en mora de reconocer y pagar la pensión al actor, tal y como acertadamente lo determinó la falladora de primera instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., la Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Modificar el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada en el sentido de que la mesada pensional para el año 2019 corresponde a \$1.413.044,22, por lo que el retroactivo pensional al 31 de enero de 2022 asciende a la suma de \$50.708.529,93, conforme a los razonamientos antes esbozados.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- *Costas de las instancias a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y Cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ELSA FONSECA APONTE CONTRA CLEANT DEPOT S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

María Elsa Fonseca Aponte, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la sociedad Cleant Depot S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor contratada entre el 2 de octubre de 2014 y el 11 de octubre de 2016, el cual finalizó sin justa causa; en consecuencia, se condene al pago de las cesantías junto con sus intereses,

primas de servicios y las vacaciones compensadas en dinero, causadas en vigencia del nexo laboral, las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, la sanción por no consignación de cesantías, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 y 4/pdf 5 y 6 archivo 001 (C.D. fl. 2) del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: prestó servicios mediante contrato de obra o labor contratada a favor de la empresa del 2 de octubre de 2014 al 11 de octubre de 2016, como profesional de aseo, dentro de la jornada máxima legal, percibiendo el smlmv. A la finalización del contrato de trabajo no se pagó de manera completa los salarios y prestaciones sociales causadas, ni se consignó el auxilio de cesantía. A la presentación de la demanda el cargo desempeñado se sigue ejecutando en la empresa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y vencido el traslado de rigor, se tuvo por no contestada la demanda en proveído del 10 de noviembre de 2020 (pdf 83 archivo 01)

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (Cd. fl. 2) en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo por duración de obra o labor entre el 2 de octubre de 2014 y el 11 de octubre de 2016, cuya terminación fue unilateral e injustificada por la empleadora, en consecuencia, condenó al pago de: **a)** \$908.819 por salarios, **b)** \$598.807 por auxilio de cesantías, **c)** \$56.088 por intereses a las cesantías, **d)** \$215.230 prima de servicios, **e)** \$699.031 por compensación por vacaciones, **f)** \$ 415.497 por indemnización del artículo 65 del CST, **g)** \$344.728 por terminación unilateral del nexo laboral, suma que deberá ser indexada a su pago; negó las demás pretensiones e impuso costas a cargo de la pasiva en cuantía de \$350.000.*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada la recurre por considerar que el valor de salario insolutos es superior al condenado, en tanto de la confesión en el interrogatorio del representante legal de la encartada, se extrae que le adeudaban dos meses y once días, de modo que acreditado el smlmv como remuneración, la cifra a condenar ascendía a \$1.631.707. Discrepa igualmente del valor condenado por indemnización moratoria, pues no procedía el pago de intereses moratorios sino el atinente al pago de un día de salario por cada día de retardo, toda vez, que el salario era el mínimo y la restricción de los 24 meses aplica únicamente para aquellos trabajadores que devengan un salario superior al determinado en la sentencia, a más que la reorganización de la empresa no es un motivo para que se limite la sanción. En lo atinente al auxilio de cesantías, mientras la liquidadora confesó que no se había consignado el auxilio de cesantías, la juzgadora dio más peso y estableció que la demandante dentro del interrogatorio de oficio, confesó que se le habían cancelado, lo cual resulta erróneo, pues si bien ella dijo que recibió una suma que se depositó en Davivienda, no se estableció el monto, aunado a que Davivienda no es un fondo de pensiones y era la empresa quien tenía la carga de demostrar el pago. Finalmente, señala que si bien no es la oportunidad para recurrir el monto de las costas, las impuestas le resultan irrisorias.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante en su recurso de apelación.

NEXO LABORAL

No es objeto de controversia en la alzada, que la demandante prestó sus servicios personales, a través de contrato de trabajo de obra o labor contratada con la encartada, el cual tuvo vigencia entre el 2 de octubre de 2014 y el 11 de octubre de 2016, devengando el smlmv, en el cargo de profesional de aseo, lo que se corrobora con el contrato de trabajo (pdf. 15 a 24 archivo 001) y la misiva de terminación del vínculo laboral (pdf 25 archivo 001)

SALARIOS ADEUDADOS

Sostiene el recurrente que el valor de los salarios insolutos es superior a la cifra determinada en primer grado.

Se determinó que el salario percibido por la ex trabajadora, correspondía al smlmv. Ahora dentro de la liquidación final de prestaciones sociales aportada por la demandada (pdf 3 archivo 008), se señala como salarios adeudados para los meses de agosto a octubre de 2016 que ascienden a \$908.819, rubro que fue dispuesto en la sentencia objeto de alzada.

En el interrogatorio rendido por la liquidadora de la enjuiciada, aquella manifestó que no le constaba que se pagaran la totalidad de los salarios adeudados y expresó que en la liquidación arribada al plenario se habían incluido como pendientes de pago “la nómina de agosto de 2016, septiembre de 2016 y los días de octubre de 2016”, sin que aclara que la suma era superior, simplemente de la manifestación se extrae que efectivamente reconoce que se adeudan unos salarios y que son los que obran en la documental adjuntada. en consecuencia, no se modificará la sentencia por este concepto.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

Reclama igualmente, que la demandada no acreditó la consignación del auxilio de cesantías, basta con señalar que la demandante al ser preguntada por la juez acerca de la consignación de las cesantías en vigencia del contrato de trabajo, expresó de manera clara “al fondo las consignaba” el empleador. La manifestación que realizó respecto de Davivienda se restringe a la fracción del año 2016, las cuales se pagaron a la terminación del contrato de trabajo. Así que tampoco procede la condena deprecada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Como consecuencia del impago de las prestaciones sociales a la finalización del contrato de trabajo, solicita el demandante que se condene a la encartada

al pago de la indemnización moratoria en un día de salario por cada día de retraso y no los intereses moratorios

A fin de resolver lo pertinente, cumple indicar que el artículo 65 numeral 1° del CST, modificado por la Ley 789 de 2002, artículo 29, establece que si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo. "2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia decide la controversia". Sanción que como lo ha admitido la jurisprudencia en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, lo que, como lo expresa la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia de 16 de julio de 1979, "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia".

Significando, entonces, que el contrato de trabajo se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, que es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico.

Es patente dentro del proceso que la demandada no canceló los salarios y prestaciones sociales derivados del contrato de trabajo que se dio entre ellos a la terminación del contrato de trabajo, en total contravención de las normas del trabajo que regulan dicho vínculo contractual (arts. 59, 149 y 340 del CST), siendo clara su intención de evadir las obligaciones que le correspondían como empleadora, lo que no es indicativo de buena fe, por manera que no hay lugar a exonerarla de la indemnización moratoria.

En razón a lo anterior, y contrario a lo establecido por el a quo en la sentencia de primer grado, como quiera que el demandante devengada un salario equivalente al mínimo mensual vigente, se condenará a la accionada al pago de la indemnización moratoria a razón de \$22.982 diarios a partir del 12 de octubre de 2016 y hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones sociales adeudadas. Puntualizando que una mínima cantidad adeudada por concepto de salarios y prestaciones sociales no hace aflorar la buena fe del empleador que no paga la totalidad de lo debido, a fin de exonerarlo de la indemnización moratoria, ya que “bien se puede ser deudor de buena fe de una gran cantidad de dinero como deudor de mala fe frente a una pequeña cantidad, o viceversa. La buena o mala fe del empleador no está o se refleja en el mayor o menor valor de lo que debe, sino en la conducta que asume en su condición de deudor obligado”, conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de abril de 2005, con radicado N° 24397.

MONTO DE LAS COSTAS

Otro de los reparos por el extremo actor tiene que ver con el valor fijado por concepto de agencias en derecho. Frente a este punto basta señalar que no es ésta la oportunidad procesal para controvertir dicho monto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 5° del artículo 366 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y SS

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Modificar parcialmente el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a Clean Depot S.A. a pagar al actor la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, equivalente a un día salario por cada día de retardo desde el 12 de octubre de 2016 hasta cuando se verifique el pago de la obligación, a razón de \$22.982 diarios, por las razones expuestas.*

Segundo.- *Confirmar la sentencia recurrida en lo demás.*

Tercero.- Sin costas en el esta instancia.

Notifíquese y Cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
~~Magistrado~~

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
~~Magistrado~~

JWZ
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO GARCÍA SEDANO CONTRA JOSÉ ANTONIO AMADO MEDINA

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 13 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Álvaro García Sedano, por intermedio de apoderada judicial, demandó a José Antonio Amado Medina, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, entre el 26 de abril de 2005 y el 16 de mayo de 2018, el cual finalizó por causa imputable al empleador; en consecuencia se condene al pago de las cesantías junto con sus intereses, primas de servicios, vacaciones y aportes en salud, pensión, ARL y caja de compensación familiar durante toda la vigencia de

toda la relación laboral, las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, 99 de la ley 50 de 1990, la sanción por no pago de intereses a las cesantías del numeral 3º del artículo 1º de la ley 52 de 1975 y las costas del proceso.

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 a 5 del expediente, en los que en síntesis indica que: se le vinculó como conductor y vendedor de la ruta No. 2, el 26 de abril de 2005 mediante contrato verbal por el señor José Antonio Amado Medina, quien es distribuidor mayorista de la Compañía Manufacturera de Pan, Comapan; percibió como salario mensual \$1.600.000, por ocuparse de transportar y distribuir los productos de Comapan, ser responsable de la mercancía y el dinero de las ventas, además de tener en buen estado el vehículo de placa FCB629 asignado para ejecutar las labores de manera personal; el horario de trabajo era de 5:30 a.m. a 9:00 p.m.; en vigencia de la relación laboral no se presentó queja o llamado de atención alguno; debido a que citó al empleador ante el Ministerio de Trabajo para conciliar el pago de prestaciones sociales, el contrato fue terminado por el patrono el 16 de mayo de 2018; ante la inasistencia de del empleador a la diligencia se expidió constancia de no comparecencia; luego mediante petición solicitó certificación a: **i)** Comapan, del vínculo existente entre dicha sociedad y Amado Medina; **ii)** Seguros del Estado histórico del tomador del SOAT; **iii)** del pago de parqueo del automotor individualizado FCB629; **iv)** Secretaría de Movilidad acerca de los comparendos sufragados por el vehículo FCB629; a la presentación de la demanda no ha recibido el pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes en seguridad social.*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el demandado, en forma legal y oportuna, (fls. 45 a 56), oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, frente a los hechos dijo que efectivamente existió una relación laboral y que aquella tuvo lugar desde mediados de 1997 y el 25 de agosto de 2002, nexa que se liquidó. Luego en diciembre de 2002 las partes acordaron que García Sedano recibiría el 3.5% de comisión por ventas, e incluso atendiendo a que son cuñados de manera voluntaria pagó en algunas oportunidades entre 2002 y 2008 las cotizaciones a salud y pensión. Como excepciones de mérito enlistó las de intencionalidad del contrato de trabajo, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de las

obligaciones reclamadas, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción de las acciones y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 87) declaró la existencia de un contrato de trabajo, entre las partes, por el lapso del 26 de abril del 2005 al 16 de mayo del año 2018, en consecuencia, condenó a Amado Medina a pagar **a)** \$8.378.029 por concepto de cesantías; **b)** \$1.804.435 por concepto de prima de servicios, **c)** \$217.561 por concepto de intereses a las cesantías, **d)** \$2.444.444 por concepto de vacaciones de intereses a las cesantías, **e)** \$217.561 por concepto de indemnización moratoria de las cesantías; **f)** la indemnización del artículo 65 del CST, consistente en un día de trabajo por cada día de retardo, desde el 17 de mayo de 2018 hasta el 17 de mayo del año 2020, en suma de \$38.399.770, y a partir del mes veinticinco (25) se pagarán los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación las sumas que fueron objeto de condena por concepto de prestaciones sociales.; **g)** la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en cuantía de \$10.488.220; absolvió al extremo demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandado por valor de 9 smlmv para el año 2021.*

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte actora la recurrió por considerar que procedía la condena de los aportes de seguridad social durante el tiempo que no se realizaron las cotizaciones correspondientes, para lo cual, aportará en los alegatos segunda instancia la historia laboral.

Por su parte, el extremo demandado pide se analicen las pruebas practicadas y recaudadas, especialmente las declaraciones de Ernestina Vargas y Édgar Guerrero Ruiz, dado que la primera fue clara “sobre la relación laboral de todas las personas que los productos de Comapan” y el segundo deponente no rindió una declaración contundente, ello aunado a las dos testimoniales en favor del extremo

pasivo. Además debe tenerse en cuenta que José Antonio Amado Medina suministraba el vehículo a García Sedano para que recogiera mercancía en Comapan, sin que ese solo hecho constituya la relación laboral, con lo que se le dio validez probatoria al documento calendado el 27 de marzo de 2018.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora, allegó la historia laboral del demandante.

A su vez, el extremo demandado solicitó se revoque la sentencia, sin que se valorara la totalidad del acervo probatorio, entre ellos los testimonios y la documental en la que se dejó constancia que al señor García Sedano devengaría una comisión del 3.5%.

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

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar los puntos de censura propuestos por las partes al momento de la sustentación del recurso.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Insiste, la parte demandada a través de la alzada que no se configuran los elementos del contrato de trabajo.

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Por eso, sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando se reclaman derechos derivados de un contrato de trabajo, y se controvierte su existencia, la prueba tiene que ser de tal contundencia que no quede la menor duda que esa y no otra fue la relación jurídica suscitada entre las partes, no solamente por las consecuencias jurídicas y económicas derivadas, sino porque no es entendible que los contratantes lleguen a un acuerdo y luego de ejecutado, uno de los contratantes trate de desvirtuar su naturaleza.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo: certificado de matrícula de persona natural de José Antonio Medina Amado (fl.15), consulta en el RUNT del carro de placas FCB629 (16 a 18), misiva elaborada a mano, del 26 de abril de 2005 suscrita por las partes y en el que "celebran contrato de trabajo integral de la siguiente manera. El señor Álvaro García Sedano se compromete a vender productos de Comapan en la camioneta de placas FCB629, la cual queda bajo su total responsabilidad. El señor José Antonio Amado M. se compromete a pagarle al señor Álvaro García Sedano el 3.5% sobre las ventas de los productos de Comapan. Esto queda muy claro al señor Álvaro García que es un salario integral..." (fl.19), constancia de no comparecencia ante el inspector del trabajo (fls. 20 y 21); certificación laboral del 27 de marzo de 2018, con rúbrica del demandado en la que se dice que "ÁLVARO GARCÍA SEDANO (...) labora con el distribuidor de Compan JOSÉ ANTONIO AMADO MEDINA desempeñando el cargo de conductor y vendedor de la ruta NO. 2 devengando un salario promedio mensual de \$1.600.000 desde el 26 de abril de 2005 a la fecha" (fl. 22), facturas del 9 de diciembre de 2017 en las que consta

que Amado Medina realizó la compra de unos alimentos a Comapan (fls. 23 a 26); contratos de suministro para distribución y transporte del 1º de octubre de 2012, celebrado entre la Compañía Manufacturera de Pan Comapan S.A. y José Antonio, en el que se le concede a éste último la comercialización de los productos de Comapan en la zona 16 de la ciudad de Bogotá (fls. 58 a 63); formato de noticia criminal del 23 de febrero de 2015 en el que el actor denuncia amenazas vía mensajes de texto en su contra e indica que sospecha que el autor de ese acto es José Antonio Amado Medina (fl. 65), misiva dirigida al Ministerio de Trabajo del 18 de mayo de 2018, en la que José Amado justifica su inasistencia a la audiencia de conciliación y solicita una nueva fecha para ello (fl. 66), misiva dirigida al Ministerio de Trabajo el 21 de junio de 2018 en la que Antonio Amado informa que no tiene animo conciliatorio (fl. 67), documento elaborado a mano firmado por las partes, en la que liquidan un contrato de trabajo a un año del 25 de agosto de 2001 al 25 de agosto de 2002 (fl. 68); planillas de autoliquidación de aportes en salud del ciclo de diciembre de los años 2002 a 2007 y agosto 2008, así como los aportes en pensión de diciembre 2002, 2005, 2006, noviembre de 2003, enero 2004, en el que obra como aportante José Antonio Amado Medina y como afiliado Álvaro García Sedano (fls. 69 a 79) y Resolución GNR 435205 del 20 de diciembre de 2014, a través de la que se reconoció una pensión de vejez en favor de José Antonio Medina Amado a partir del 2 de diciembre de 2014 (fls. 80 a 83).

De igual manera, se recibió el interrogatorio del demandado quien dijo que previo al año 2002 tenía contrato de trabajo con el demandante, pero en razón a que las ventas del señor García Sedano no alcanzaban para cubrir el salario, acordaron mediante documento elaborado a mano el 26 de abril de 2005, en el que estipulan una comisión del 3.5% sobre las ventas, entendiendo aquella retribución como salario integral, por lo que habían quincenas en la que le pagaba \$700.000 o \$1.000.000, dinero que siempre se le pagó sin que le quedara debiendo suma alguna. De igual manera, confesó que le suministraba un vehículo de su propiedad, sufragando incluso la gasolina, para que Álvaro García recogiera en el camión los productos, los vendiera y posteriormente le entregara el dinero de las ventas, puesto que debía "cuadrar las cuentas todas las tardes", y eso lo hacía algunas veces a las 3:30, 4:00 o 5:00 p.m. pues no había un horario específico. La comercialización del producto se hacía en la zona 16, en dónde tenían 80 clientes, de manera que el actor atendía 40 y él (el demandando) los otros 40 en Kennedy, Britania, Bosa y Brasil. Le pedía a García Sedano que llegara temprano a la Comapan a recoger el producto, ya que aquel

llegaba tarde y la hora de entrada era a las 6:00 o 6:30 a.m. aunque en unas oportunidades le “tocaba rogarle al señor para que llegara a las 5”, de lunes a sábado. Mientras Álvaro García prestó sus servicios se hizo el pago de seguridad social, de manera directa él (Amado Mendoza) efectuó los aportes, sin embargo como se pensionó, procedió a suministrarle el dinero para cancelar los aportes a Álvaro, quien debía efectuar el abono directamente. También sufragó el pago del auxiliar que le colaboraba a García Sedano en su gestión, incluso en varias oportunidades “pedía permiso y dejaba de reemplazo al auxiliar y se iba a hacer sus vueltas”, además 26 de abril de 2006 y el 18 de mayo de 2018 tuvo descansos. Supo luego de tres años, por medio de la esposa de Álvaro García que aquel lo había denunciado en la Fiscalía, por esa situación dio por terminado el vínculo. Por su parte el demandante adujo que dentro de los extremos de la relación laboral entre las partes jamás requirió al extremo pasivo la satisfacción de prestaciones sociales y vacaciones. De igual manera, aceptó que José Antonio le entregaba un dinero para el pago de los aportes a seguridad social, pero esa suma no cubría ni el 10% del aporte que en total ascendía a \$375.000.

*También se recibieron los testimonios de los señores **Édgar Guerrero Ruiz**, quien adujo ser cuñado tanto del demandante como del demandado. Relató que trabajó con José Antonio hasta 1997 vendiendo productos de Comapan, cuando recomendó a García Sedano para que ejerciera el oficio de vendedor conductor de una parte de la “ruta signada por la empresa a José Antonio” y sabe que Álvaro dejó de trabajar hace un par de años. Sabe por comentario de las partes que inicialmente Amado Medina retribuía la labor con un salario, pero luego pactaron a partir del 2001 o 2002 el pago por comisión. Mientras prestó el servicio salía de la casa a las 5:00 a.m. y como las exigencias de la empresa eran cargar temprano, debían estar allí a las 6:00 o 6:30 a.m. y por esa misma experiencia sabe que la ruta terminaba entre 2:00 y 4:00 p.m. el carro que conducía el extremo activo pertenece a Amado Medina, y lo suministraba como herramienta de trabajo, incluso cuando él (el deponente) laboró para el demandado tuvo ayudante y el pago lo hacía José Antonio. Le consta que Álvaro vendía otros productos, puesto que en alguna oportunidad le ofreció café de empresa de multinivel y también unas libretas.*

***Fabián González Quitian**, dijo ser amigo de Álvaro y conocerlo desde hace unos 15 años, cuando el demandante llevaba los pedidos de Comapan al supermercado en el que era encargado de recibir los productos, gestión que desarrolló durante un año. Lo vio con ayudante. Y luego del 2005 no le consta que gestión adelantaba*

el demandante. Por su parte, **Ernestina Murillo Vargas**, adujo conocer al demandado desde hace 30 años, en atención a que aquel siempre ha sido distribuidor de Comapan, empresa que tiene contrato con el distribuidor y pacta un flete del 15% del flete pero no tienen más relación. También expreso que conoce de las condiciones pactadas entre los sujetos procesales, porque ella como trabajadora de Comapan debía tener los documentos de los distribuidores y los auxiliares, y a causa de ello sabía que Amado Medina pagaba un porcentaje de 3.5% sobre ventas de 70 u 80 millones al demandante, de quien además supo por otro distribuidor que vendía las canastillas de propiedad de Amado Medina. También había otro auxiliar Danilo Camacho que trabajó con José Antonio, este último compró los camiones a la empresa, para la distribución de los productos. Finalmente, agregó que al revisar los documentos del distribuidor, siempre constató pagos en salud; **José Danilo Pardo**, afirmó que inicialmente empezó a trabajar con Amado Medina desde el 2012 como auxiliar de Álvaro García y que luego pasó a ocupar el cargo de vendedor. Mientras ha prestado sus servicios a José Antonio, éste es el que le cancela la remuneración. Acotó que Álvaro era representante de una zona de ventas en una zona de distribución de Comapan, en esa época García Sedano lo recogía a las 7:00 a.m., luego iban a la empresa a recoger los productos y terminaban la labor sobre las 5:30 p.m. después de cuadrar las cuentas. Escuchó hablar a los hoy demandante y demandado de que el primero recibía una comisión del 3.5% sobre las ventas, pero desconoce si suscribieron algún documento. Cuando ocupó el cargo de García, Amado Medina quien es el jefe, le dijo que le pagaría el 3.5% sobre las ventas; y, **Juan Carlos Moncada Cárdenas**, expresó que ha trabajado en dos ocasiones con Amado Medina, en una oportunidad por el lapso de 12 años, y luego se reincorporó hace 4 años como vendedor de la ruta No. 1, y en esa época Álvaro era el vendedor de la ruta No. 2, teniendo como funciones las de entregar pedidos, vender productos, facturar, entregar y surtir, en un camión de propiedad de José Antonio Amado Medina, quien además es la persona que siempre les ha pagado, incluyendo al ayudante que tenía Álvaro y que era José Danilo. Como pago recibe el 3.5% sobre las ventas y la seguridad social. El horario es a las 6:00 a.m., a esa hora debe estar cargando y salida “uno mismo se la da”, pero a más tardar 4:30 o 5:00 p.m.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que el demandado no desvirtuó la presunción de que los servicios fueron ejecutados bajo un contrato de trabajo, por el contrario,

conforme a lo detallado, se obtiene que el actor no ejercía su labor de manera independiente, al estar el cumplimiento su labor bajo las órdenes del propietario del automotor; atendiendo sus actividades dentro del horario de trabajo establecido, por lo que la prestación del servicio por el demandante siempre fue personal, sus funciones eran desarrolladas con elementos que el propio demandado le suministraba. Toda esta situación enmarca una subordinación de índole laboral, lo que configura el contrato de trabajo. Cabe advertir que tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las certificaciones laborales expedidas por el empleador se reputan inicialmente como ciertas, a menos que éste las desvirtúe (sentencia SL 6621 de 3 de mayo de 2017, Rad. 49346, reiterada en la SL 2600 del 27 de junio de 2018, Rad. 69175), situación que en el presente asunto no aconteció.

Así nos encontramos frente a una típico contrato de trabajo; siendo claro que en caso de divergencia entre lo que surge de lo afirmado en la demanda y en la alzada y los hechos probados en el proceso prevalecen estos últimos, según el principio de la primacía de la realidad, que impera en materia laboral, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional, elevado a canon constitucional en la Carta Política de 1991 en su artículo 53. Razones suficientes para confirmar la decisión del a quo en cuanto declaró la existencia de un verdadero contrato de trabajo, entre el 26 de abril del 2005 y el 16 de mayo del año 2018.

REEMBOLSO DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL

Solicita el extremo demandante se ordene el pago de los aportes en seguridad social en pensión por los períodos en los cuales no se efectuaron cotizaciones.

Sobre el particular, cabe recordar que la falta de afiliación al sistema es la omisión del empleador, al incumplir su deber legal, por lo que con ocasión a ello debe proceder al pago del cálculo actuarial respectivo (Sentencia SL 5089 del 2 de diciembre de 2020, Rad. 78487), siendo viable, entonces, en el caso de marras, ordenar el cálculo actuarial del 26 de abril del 2005 al 16 de mayo de 2018, pese a ello dentro del interrogatorio el demandante confesó que el entonces empleador le suministró unos dineros que resultaban insuficientes para sufragar el pago de seguridad social y que él - el señor García Sedano - realizaba los pagos de manera directa, entre abril de 2005 a septiembre de 2015, como consta a folios 111 a 114,

donde figura que lo hizo como independiente, lo cual no puede ser desconocido por la Sala; sin que aparezca cuál fue la suma que el empleador le dio para cubrir dicho aporte, ya que se aduce que era insuficiente, lo que no permite imponer una suma adicional por dicho concepto.

*Ahora, de la historia laboral ya analizada vista a folios 111 a 114 valorada al tenor de los artículos 83 del CPTSS y 167 del CGP¹, se evidencia, que el demandante efectuó el pago de aportes como independiente desde septiembre de 2009 hasta de septiembre de 2015, y si bien se tiene que luego de esa data las cotizaciones se registran por medio de los empleadores Unir Asesorías y Masivos Unidos S.A.S., lo cierto es, que la existencia de otras relaciones laborales, ello no eximía a José Antonio Amado Medina de cumplir con el deber que le asistía, por lo que se adicionará la sentencia en el sentido de condenar al pago del cálculo actuarial para los períodos del **26 de abril del 2005 al 31 de agosto de 2009** y del **1º de octubre de 2015 al 16 de mayo de 2018**, de conformidad con la liquidación que al efecto realice la Administradora Colombiana de Pensiones, administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, con observancia del Decreto 1887 de 1994.*

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Adicionar el ordinal segundo de la sentencia apelada en el sentido de condenar a José Antonio Amado Medina a pagar el cálculo por el tiempo que Álvaro García Sedano no estuvo afiliado al sistema de pensiones por cuenta del empleador, esto es, del 26 de abril del 2005 al 31 de agosto de 2009 y del 1º de octubre de 2015 al 16 de mayo de 2018, de conformidad con la liquidación que al efecto realice la Administradora Colombiana de Pensiones, administradora a la que se encuentra afiliado el actor, con observancia del Decreto 1887 de 1994.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada.*

¹ Auto del 20 de enero de 2022 folio 115, notificado en estado del 21 del mismo mes y año.

Tercero.- *Costa en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ DARY CASTILLO BARRERA, MARTHA CECILIA CASTAÑEDA GALEANO, ALCIDES CORTÉS CORTÉS, CIELO ESMERALDA HERNÁNDEZ PINEDA, CARLOS ALBERTO BARRERA ECHEVERRY y LUZ MARINA LÓPEZ FERNÁNDEZ CONTRA LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE, EN LIQUIDACIÓN Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 26 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Luz Dary Castillo Barrera, Martha Cecilia Castañeda Galeano, Alcides Cortés Cortés, Cielo Esmeralda Hernández Pineda; Calos Alberto Barrera Echeverry Y Luz Marina López Fernández por medio de apoderado judicial,

demandó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom EICE, en Liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A.- para que se declare que entre los demandantes y las demandadas existió un contrato de trabajo a término indefinido, como trabajadores oficiales, que eran beneficiarios de las convenciones colectivas de trabajo y de los acuerdos extra convencionales celebrados entre Caprecom y sintracaprecom; que la empleadora incumplió en el reconocimiento y pago de los incrementos salariales pactados en el acuerdo extra convencional del 13 de junio de 2013, entre el 1° de enero de 2014 y 27 de enero de 2017; ni les canceló el valor proporcional del quinquenio regulado en el art. 67 de la convención colectiva de trabajo. En consecuencia se condene a la demandada Fiduprevisora S.A., como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom, al pago de las diferencias por incrementos salariales convencionales dejados de hacer durante el lapso antes indicado; el reconocimiento y pago del valor proporcional por quinquenio convencional; las diferencias del pago de aportes a seguridad social en salud y pensión, el pago de aportes a seguridad social por las diferencias de salarios reclamadas; de prima de junio, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones por servicios auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, quinquenios, bonificación por recreación, descanso especial de diciembre y prima de retiro convencional, teniendo en cuenta los incrementos de salario convencional no realizados; indemnización convencional, indemnización moratoria o subsidiariamente indexación de las sumas adeudadas, lo probado ultra y extra petita, por las costas y agencias en derecho y el reconocimiento y pago de prestaciones convencionales suspendidas entre el 12 de junio de 2013 y el 28 de diciembre de 2015 como son servicio de rutas, aportes educativos y el pan complementario de salud, pedida esta última en adición de la demanda.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 21 a 28 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que, se vincularon con la liquidada Caprecom a través de contratos de trabajo a término indefinido, como trabajadores oficiales, en el que se precisa que quedaron amparados por garantía y prestaciones derivadas de la relación laboral y prescritas en la ley y en las convenciones colectivas de trabajo; que el 27 de enero de 2017

se dio por terminada las relaciones laborales a cada uno de los demandantes como consecuencia de la liquidación de Caprecom EICE; así mismo indica que a la fecha de retiro Luz Dary Castillo Barrera se desempeñaba como jefe de departamento y su último salario fue de \$4.471.643,00; Alcides Cortés Cortés como auxiliar operativo con un salario de \$1.342,955,00; Marta Cecilia Castañeda Galeano como profesional universitario II con salario de \$3.241.576,00; Cielo Esmeralda Hernández Pineda como jefe de departamento con salario de \$4.471.643,00; Carlos Alberto Barrera Echeverry como profesional universitario II con salario de \$3.241.576,00; y Luz Marina López Fernández como técnico auxiliar con salario de \$1.480.862,00; que el gobierno nacional a través de los diferentes decretos que relaciona; que presentaron ante Caprecom en liquidación el reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas, y fueron negadas por la entidad. Señalan que antes del vencimiento de la vigencia del acuerdo extra convencional del 12 de junio de 2003, la entidad empleadora y Sintracaprecom suscribieron el acuerdo de 7 de junio de 2013 en el cual se acordó un incremento salarial de \$220.800,00 para los trabajadores oficiales hasta de nivel tecnológico y de \$200.000,00 a partir de nivel profesional incluidos los jefes de departamento; lo cual no fue reconocido por la entidad entre 2013 y 2017, ni tenido en cuenta en la liquidación definitiva de acreencias laborales, por cuanto solo aplicó el reajuste legal y tampoco pago el valor proporcional del quinquenio y que ante la liquidación final de Caprecom EICE, se celebró contrato de fiducia mercantil con Fiduprevisora, para la administración del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada Fiduciaria la Previsora S.A. como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom en forma legal y oportuna a (folios 357 373 y 280 a 387 del expediente digitalizado) quien se opuso a las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la vinculación laboral de los demandantes, los cargos desempeñados el salario básico mensual devengado por cada uno de ellos, así como los relacionados con la liquidación definitiva

de Caprecom, frente a los demás dice no ser ciertos, indicando que lo reclamado por los actores carece de sustento legal y convencional ya que el aumento acordado fue el 1° de junio de 2013 se haría un aumento en las sumas mencionadas y no para periodos diferentes, como pretenden hacer creer, y la entidad hizo los reconocimientos a sus trabajadores, como en efecto correspondía. Como medio de defensa propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del hecho sustento del proceso, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Dentro del trámite procesal se presentó desistimiento de las pretensiones por los demandantes Carlos Alberto Barrera Echeverry y Luz Dary Castillo Barrera, los que fueron oportunamente aceptados.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo pedido por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia anexa al expediente digitalizado, cd fl 2) en la que declaro probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y cobo de lo no debido; absolvió a la demandada es Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del PAR Caprecom liquidado, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes Martha Cecilia Castañeda Galeano, Alcides Cortés Cortés, Cielo Esmeralda Hernández Pineda y Luz Marina López Fernández y los condenó en costas.

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

NEXO LABORAL

*No es motivo de controversia la existencia de la relación laborar que existió entre los demandantes y Caprecom EICE hoy liquidada, lo cual fue aceptado por la encardada desde su respuesta y se encuentra acreditado con las documentales aportadas al plenario en medio magnético contentivo de las hojas de vida de cada uno de ellos, donde se estableció que **Martha Cecilia***

***Castañeda Galeano**, estuvo vinculada entre el 1° de junio de 1988 y el 27 de enero de 2017, su último cargo desempeñado fue de profesional universitario II con una asignación básica mensual de \$3.241.576,00; **Alcides Cortés Cortés**, estuvo vinculado entre el 31 de enero de 1991 y el 27 de enero de 2017, su último cargo desempeñado fue de como auxiliar operativo con un salario básico de \$1.342,955; **Cielo Esmeralda Hernández Pineda**, laboró entre el 21 de mayo de 1997 al 27 de enero de 2017, su último cargo desempeñado fue jefe de departamento con salario de \$4.471.643,00; y **Luz Marina López Fernández** prestó sus servicios personales entre el 8 de enero de 1990 al 27 de enero de 2017, su último cargo desempeñado fue técnico auxiliar con salario de \$1.480.862,00*

Establecido lo anterior se procede el análisis de los puntos de debate planteados

INCREMENTOS SALARIALES Y DE ACREENCIAS LABORALES LEGALES Y CONVENCIONALES

Uno de los puntos de controversia planteados, radican en establecer si a los demandantes les asiste el derecho a los aumentos salariales de los años 2014 a 2017, de conformidad con lo previsto el acuerdo extra convencional suscrito el 7 de junio de 2013 entre Caprecom y Sintracaprecom.

Se allegó al expediente copias de la convención colectiva de trabajo suscritas entre Caprecom EICE y Sintracaprecom vigentes en 1997-1998, así como la vigente entre 2012 - 2013, con la correspondiente constancia de depósito; también reposa copia del Acta de Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003 suscrito entre el representante legal de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom y el representante legal de la junta directiva nacional y del Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Sintracaprecom, junto con la comisión de acompañamiento nombrada por la Asamblea Nacional de Delegados del 14 de mayo de 2003.; en la cual refiere en su acápite de antecedentes lo siguiente: "Teniendo en cuenta que los costos fijos de CAPRECOM superan ampliamente la capacidad de ingresos y las necesidades de la empresa, así como imposibilitan el equilibrio financiero y la viabilidad de sus negocios, y por supuesto, la recuperación de las pérdidas acumuladas durante varios

años, se hace necesario, poner en marcha lo que la administración ha llamado una Alta Cirugía. («) El pasado 14 de mayo del presente año se reunió la Asamblea de Delegados de Sintracaprecom. En dicha reunión se designó una comisión de acompañamiento a la Junta Directiva con el fin de revisar y acordar la SUSPENSIÓN PARCIAL Y TEMPORAL DE ALGUNAS DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES que soportarán la viabilidad financiera de CAPRECOM”

En el primer punto del acuerdo se señaló: Sintracaprecom acepta este acuerdo sobre la base de la conservación de los actuales negocios: EPS, ARS, PENSIONES E IPS que sean viables, como lo contempla la ley 314 de 1996; en el tercer punto del acuerdo el Sindicato aceptó suspender parcial y temporalmente por un término inicial de 10 años las siguientes cláusulas de la convención colectiva de trabajo: a) La cesión de las dotaciones legales causadas hasta el 30 de abril de 2003 y cuyo derecho no haya prescrito; b) el artículo 28 y/o el que corresponda al título de “conservación y derechos adquiridos en salud”, los beneficios del PAC se suspende desde la entrada en vigencia del acuerdo, a excepción de quienes tengan tratamientos en curso, que tendrán el derecho hasta por dos meses más, y los pacientes que al 6 de junio de 2003 se encuentren en tratamientos de ortodoncia y ortopedia maxilar que tendrán cobertura hasta por el término de 18 meses contados a partir de la firma del acuerdo. El beneficio de educación especial continuaría como está establecido para aquellos beneficiarios que lo venían disfrutando hasta el 6 de junio de 2003; c) la dotación extralegal prevista en el artículo 41; d) El auxilio de transporte previsto en el artículo 47, correspondiente al servicio de ruta de buses; e) el descanso especial o adicional al que se refiere el artículo 26; f) la prestación del artículo 35 denominada “Prevención del SIDA”; g) la vacunación contra la hepatitis B, prevista en el artículo 34; h) la nutrición infantil estipulada en el artículo 30; i) La bonificación de recreación referida en el artículo 64; j) La guardería, prevista en el artículo 31; k) La dotación de libros prescrita en el artículo 71; l) El próximo incremento salarial se hará solo a quienes devenguen hasta \$750.000, solo a partir de la fecha de expedición del Decreto de incremento. En los años siguientes a la vigencia del acuerdo, se atenderá a lo definido por el Gobierno Nacional; m) Los aportes educativos previstos en el artículo 39. 5.3.1.3.2.4. En el octavo punto del acuerdo se estipuló: “8.- Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos del presente acuerdo extra convencional, y se determine por parte

del gobierno su fusión o liquidación, la convención colectiva conservará su vigencia y el acuerdo extra convencional quedará sin aplicación”.

Así mismo se incorporó el acuerdo extra convencional suscrita el 7 de junio de 2013 en la que la empresa y la organización sindical convinieron prorrogar el Acuerdo Extraconvencional suscrito el 12 de junio de 2003 por el término de cinco (5) años, en el que se destacan los siguientes aspectos: a) Se acordó a partir del 1º de junio de 2012 un incremento salarial de \$220.800 para los trabajadores oficiales hasta nivel tecnólogo y de \$200.000 para los trabajadores oficiales a partir del nivel profesional incluidos los jefes del Departamento. b) Dejar sin efecto la suspensión acordada del artículo 26 de la Convención Colectiva. c) Reafirmar la plena vigencia y aplicabilidad del artículo 84 de la Convención Colectiva, en el sentido que CAPRECOM reconocerá y pagará a sus trabajadores oficiales tres (3) días de salario como bonificación especial de recreación, con ocasión del disfrute de las vacaciones. d) CAPRECOM cancelará a los trabajadores oficiales vinculados sin solución de continuidad, antes del 12 de junio de 2013 una bonificación por una única vez equivalente a doce (12) salarios mínimos. e) CAPRECOM estudiará con SINTRACAPRECOM el reglamento para el reconocimiento de una prima de productividad para los trabajadores oficiales, en un plazo que no exceda los dos (2) meses contados a partir de la firma del Acuerdo. 5.3.1.3.3.1. En el Acuerdo también se especifica que en caso de no viabilización de la entidad en los términos señalados en el acuerdo extra convencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva conservará su vigencia y el Acuerdo extra convencional quedará sin aplicación.

Lo precedente es claro para la Sala que contrario a lo propuesto por la parte demandante a través de los citados acuerdos extra convencionales, no se propuso la creación de derechos extralegales en favor de los trabajadores, sino la suspensión de algunas prebendas establecidas en la convención colectiva de trabajo, ante la inviabilidad financiera en que se encontraba la entidad empleadora y si bien se observa que en el suscrito el suscrito el 7 de junio de 2013 se pactó a partir del 1º de junio de 2012 un incremento salarial de \$220.800 para los trabajadores oficiales hasta nivel tecnólogo y de \$200.000 para los trabajadores oficiales a partir del nivel profesional

incluidos los jefes del departamento; es de precisar que tal incremento fue dispuesto únicamente por esa vez, y no para los años que se realizara al inicio de cada año subsiguiente adicional a los aumentos salariales anuales acordados en la convención colectiva de trabajo 2011-2013 en su artículo 45, que para los años 2014 y siguientes es equivalente al IPC del año anterior, el cual, como lo acepan los demandantes fue reconocido y pagado por Caprecom EISE de manera oportuna; por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, imponiéndose conformar lo decidido en este aspecto.

QUINQUENIO PROPORCIONAL

Reclaman los demandantes el reconocimiento y pago del quinquenio proporcional causado al momento de la terminación del contrato de trabajo, argumentando que éste no fue incluido en la liquidación definitiva de acreencias laborales, mientras que la encartada reprocha este pedimento indicando que no se acordó el reconocimiento del quinquenio proporcional e y en el momento que se causó a cada uno de los trabajadores se hizo el pago conforme lo pactado convencionalmente.

El artículo 67 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Caprecom EICE y Sintracaprecom, que se allegó con las formalidades de ley y que es aplicable a los demandantes, con vigencia 2012-2013, reza:

“QUINQUENIO. A partir del año 1997 CAPRECOM reconocerá y pagará a sus servidores públicos que cumplan quinquenio con la Empresa la siguiente tabla.

<i>AÑOS</i>	<i>DIAS</i>
<i>5</i>	<i>15</i>
<i>10</i>	<i>30</i>
<i>15</i>	<i>45</i>
<i>20</i>	<i>60</i>
<i>25</i>	<i>75</i>

Adicionar la Tabla de Quinquenios que actualmente reconoce CAPRECOM los siguientes (Artículo Tercero del Acta de Acuerdo Convencional de fecha 13 de diciembre de 2011)

<i>AÑOS</i>	<i>DIAS</i>
<i>30</i>	<i>90</i>
<i>35</i>	<i>105</i>
<i>40</i>	<i>120</i>

Los trabajadores oficiales actualmente al servicio de la entidad, que ya hubieren cumplido la antigüedad establecida para el respectivo quinquenio establecido en este artículo, les será reconocido de manera inmediata aquel a que tenga derecho.

PARÁGRAFO: La tabla se liquidará sobre el salario básico mensual devengado a la fecha de la causación.

De la lectura de la norma convencional resulta fácil concluir que no se acordó el reconocimiento y pago de quinquenio proporcional, sino con el cumplimiento de los años allí establecidos de antigüedad, y conforme a las documentales aportadas por la demandada es claro para la Sala que a cada uno de los demandantes al momento de la causación de ese beneficio la Caprecom lo reconoció y pago, por lo que sin más disquisiciones ha de conformarse la decisión de primera instancia en este aspecto

RELIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS LABORALES

Así, ante la improsperidad de las anteriores pretensiones las demás relacionadas con reliquidaciones de los aportes a la seguridad social, prestaciones sociales e indemnización por terminación del contrato, deben correr la misma suerte ya que estaban a su resultado, por lo que se debe conformar la decisión de instancia;

DEL RESTABLECIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS CONVENCIONALES

Piden los demandantes el reconocimiento y pago de prestaciones convencionales suspendidas entre el 12 de junio de 2013 y el 28 de diciembre de 2015 como son servicio de rutas, aportes educativos y el plan complementario de salud y sobre el partículas basta remitido a lo analizado en precedencia, de donde se concluye que esos derechos convencionales, inicialmente fueron suspendidos inicialmente por diez (10) años con la suscripción del acuerdo extra convencional suscrito entre Caprecom EICE y Sintracaprecom el 12 de junio de 2003, ante inviabilidad financiera de la entidad, el cual se prorrogó por cinco (5) años más con la suscripción de acta extra convencional del 7 de junio de 2013, por lo que no hay lugar a los mismos. Aunado que no hay prueba dentro del expediente que conduzca a al establecer que los mismos se hubieran restablecido durante el lapso reclamado y muchos menos que se hubiesen causado a favor de cada uno de los demandantes, por lo que se conformará lo decidido por el a quo

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en este grado jurisdiccional.

Notifíquese a las partes en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, DC.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAX FREDY CORREA NORIEGA CONTRA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN - FECODE -

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia en el proceso de la referencia, el Magistrado Sustanciado la declaró abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la sala tercera de decisión.

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 6 de julio de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Max Fredy Correa Noriega, actuando por conducto de apoderado judicial, demandó a la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación - FECODE - para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde " de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2018, en consecuencia, se condene al pago de cesantías sus intereses, primas de servicios, vacaciones y los aportes en pensión todo el tiempo del nexa laboral, la sanción por no consignación de cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la indemnización del artículo 65 del CST, la indexación de las condenas, lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho..

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 77 a 83 del expediente, en los que en síntesis se indica que: FECODE es una organización sindical que agrupa asociaciones sindicales y sociales de trabajadores vinculados a entidades públicas o privadas de educación; fue contratado de manera verbal en enero de 2003 para desempeñarse como director de la Escuela Sindical, por lo que la mayoría del tiempo ejercía su labor de domingo a domingo, a más que prestaba de manera personal sus servicios en las instalaciones del empleador con los elementos e insumos suministrados por éste; las funciones consistían en diseñar elaborar y coordinar planes anuales de formación sindical, talleres, seminarios, y conferencias docentes, cartillas de trabajo, módulos de trabajo, asistencia y asesoría a los sindicatos filiales de FECODE para educación y formación sindicales, entre otros; le fue concedido permiso sindical el 1º de abril de 2005, previa solicitud elevada por FECODE a la Alcaldía de Montería el 30 de diciembre de 2004, debido a que debía coordinar los talleres de inducción para programas de formación gremial y de derechos humanos en FECODE; suscribió contrato de prestación de servicios el 1º de enero de 2005, con el que además de las funciones ya relatadas debía asistir a programas de formación sindical y formación del proyecto de actualización sindical, además el contrato se sometió a las reglas del acuerdo de cooperación entre FECODE y Lararforbundet; entre 2005 y 2018 de manera simultánea ejerció los cargos de director de Escuela Sindical y coordinador del programa de cooperación de escuela sindical de FECODE; el 9 de junio de 2010 la Alcaldía de Montería aceptó la renuncia, quedando con ello extinguido el permiso sindical, continuando de esta manera la prestación de servicios a FECODE, a quien le hizo saber desde el año 2010, que los salarios (se encuentran relatados en el hecho 17 de la demanda) devengados no se equiparaban con las funciones y cargos, la ausencia de insumos necesarios para desempeñar la labor y la inconformidad con la falta de pago de prestaciones sociales y vacaciones, debido a que esas disparidades no se solucionaron, se dio por terminada la relación, durante la cual no recibió el pago de aportes al sistema general de seguridad social, prestaciones sociales , vacaciones, pese a los requerimientos realizados al entonces empleador.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, en proveído la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación - FECODE -, en escrito visible a folios 265 a 273, dio contestación en la que se opuso a todas las pretensiones de

la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que el demandante prestó servicios como director de la Escuela Sindical, con los insumos suministrados por esa entidad, aclarando, que no estaba subordinado. También aceptó las funciones relatadas en los hechos 6 y 12 de la demanda, la solicitud del permiso sindical, la concesión del mismo, y las razones en las que se fundó aquel, la renuncia presentada ante la Alcaldía de Montería y su aceptación. Y el no pago de prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social integral, en tanto no existió contrato de trabajo. Como medios de defensa enlistó los de inexistencia de violación de las normas superiores invocadas, inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral, inexistencia de la supremacía de la realidad, inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido, prescripción, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 444) en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 2005 y hasta 30 de diciembre de 2018, con un último salario de \$2.822.446. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos laborales con antelación del 30 de julio de 2016. Condenó a la enjuiciada a pagar: **a)** \$27.047.106 por el auxilio de cesantía, **b)** \$746.228 intereses sobre las cesantías y **c)** \$6.819.458 por primas de servicios, **d)** \$3.409.729 intereses sobre las cesantías; la indexación de las condenas. De igual manera, condenó al pago del cálculo actuarial teniendo en cuenta los salarios determinados para cada anualidad¹. Absolvió de las demás pretensiones a la pasiva y le impuso costas en suma de \$1.000.000.

¹ AÑO	SALARIO
2006	\$1.055.000
2007	\$1.365.000
2008	\$2.000.000
2009	\$2.000.000
2010	\$2.200.000
2011	\$2.200.000
2012	\$2.200.000
2013	\$2.349.648
2014	\$2.492.600
2015	\$2.565.000
2016	\$2.653.000
2017	\$2.822.446
2018	\$2.822.446

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes expresaron su desacuerdo con la decisión adoptada por el a quo: el extremo demandante considera que debe inaplicarse por inconstitucional el fenómeno prescriptivo contenido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, para en su lugar dar prevalencia a los principios constitucionales, y se acceda al pago de todas las prestaciones sociales y vacaciones causadas en el interregno declarado, pues de no hacerlo, se lesionan los valores de libertad, igualdad, justicia y equidad, conjurados en el trabajador vinculado mediante contrato de prestación de servicios y quien no puede demandar en vigencia de aquellos. Por último, esgrime que medió la mala fe del empleador, por lo que procede la condena del artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

A su vez, la enjuicia expresó “debidamente reargumentar nuestras excepciones que se hicieron en su momento, dejando en claro que nada tiene que ver la supuesta mala fe y en cualquier momento que me soliciten constancia, con mucho gusto la adjunto”.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis de los reparos efectuados por las partes en la sustentación del recurso interpuesto.

ACLARACIÓN PREVIA

Cabe advertir que de la manifestación realizada por el extremo pasivo no es posible colegir cuál es su desacuerdo con la sentencia, recuérdese que el pronunciamiento que realiza esta la Sala de decisión debe estar en consonancia con la materia del recurso de alzada. Ahora si lo que pretendía la parte con su intervención era rebatir el recurso de apelación de la parte actora en cuanto al medio exceptivo de prescripción y la buena fe, para ello contaba con la oportunidad de intervenir por medio de los alegatos de conclusión.

En gracia de discusión, si el recurso de apelación se centra en la mala fe de la empleadora, téngase en cuenta al haber sido absuelta en este aspecto, no se encuentra legitimada la pasiva para incoar el recurso. Así las cosas, se procederá al estudio de los planteamientos esgrimidos por el extremo actor.

NEXO LABORAL

No fue objeto de controversia que entre el demandante y la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación. FECODE, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2018, desempeñando el cargo de director de la Escuela Sindical con un último salario mensual de \$2.822.446, hechos que se corroboran con la certificación visible a folio 21 y demás medios de convicción allegados al plenario.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Peticiona el extremo demandante se de aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, en consecuencia, las condenas involucren todas las acreencias laborales causadas dentro de los extremos temporales declarados, sin que se declare la excepción de prescripción, pues hacerlo, vulnera los valores de libertad, igualdad, justicia y equidad, que se conjuran cuando quien está vinculado mediante un contrato de prestación de servicios no puede demandar en vigencia de los contratos.

Al punto, cabe señalar que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-072 de 1994 al pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, determinó que las referidas normas no son contrarias a la constitución y no transgreden los derechos de los trabajadores, debido a que: “Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial. Es por ello que la prescripción trienal de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo.”

Ahora, frente a la declaratoria parcial de la prescripción, es criterio de la mayoría de la Sala que el término comienza a contarse desde el día en que la obligación se ha hecho exigible, obvio exceptuando lo correspondiente al auxilio de cesantías y a las vacaciones las cuales se cuentan desde la terminación del contrato y de 4 años, por hacerse exigible desde el día en que se cumple el año siguiente al que el empleador debía conceder las vacaciones, respectivamente,

criterio del cual se aparta el Magistrado sustanciador ya que si la obligación es pura y simple, comienza a prescribir desde que se dan los hechos constitutivos de su fuente. De manera que en el caso aquí debatido, donde se discute la naturaleza de la vinculación del demandante con la entidad, la prescripción empieza a contarse desde la ejecutoria de la sentencia que declara que los servicios personales estuvieron regulados por un contrato de trabajo, pues es desde este momento que el trabajador o ex trabajador, puede exigir el reconocimiento y pago de los derechos sociales causados por dicha vinculación, ya que obviamente antes de esa declaratoria no podía exigirlos debido a que la vinculación era de carácter civil. Prudente es traer a colación lo advertido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al conocer de una acción de tutela contra una decisión de la Sala Laboral “ En el evento de reconocer, el derecho reclamado, se deberá observar la prescripción trienal que rige para esta clase de prestaciones económicas, afectando las mesadas causadas; ello, teniendo en cuenta la ejecutoria de esta providencia, por cuanto es desde la misma que la prestación exigida puede adquirir alcances constitutivos” (STC6296-2021).

Así las cosas, de conformidad con el criterio asumido por la mayoría de la Sala, dado que el vínculo que unió a las partes finalizó el 30 de diciembre de 2018 y la demanda se radicó el 31 de julio de 2019 (acta de reparto, fl. 71), es claro que los derechos laborales causados con anterioridad al 31 de julio de 2019 se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción en los términos señalados por la falladora de primer grado, por lo que se confirmará su decisión en este punto.

BUENA FE - INDEMNIZACIÓN MORATORIA - SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

Centró su inconformidad la parte actora en la alzada frente a la absolución de la indemnización moratoria, ya que a diferencia de lo considerado en primera instancia, estima que la condena procede, por cuanto existió mala fe del empleador.

Así, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, no son de aplicación automática sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de

cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguientes a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación de la cesantía lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Dicha Corporación, en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art.99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST). Así que, centrándonos en el sub examine, observa la Sala que bajo las circunstancias analizadas al declarar la existencia del contrato de trabajo, no se puede tener como justificación para no realizar el pago de las acreencias laborales del actor, en razón a que desconoce a todas luces la legislación aplicable al caso, a más de ser vulneradora de los derechos del trabajador, por lo que no constituye buena fe, razón por la que no se puede exonerar del pago de la mentada indemnización, al ser obligación del demandado realizar el pago completo de los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del vínculo laboral, y no lo hizo.

Para la Sala es clara la intención de la entidad gremial, de encubrir ante el trabajador su verdadera calidad de empleador durante la vigencia del vínculo laboral, precisamente para eludir el pago de las prestaciones sociales y demás derechos derivados del contrato de trabajo. Es inadmisibles que unos servicios personales, que a todas luces corresponden a un contrato de trabajo, se asuma que se prestaron bajo un contrato de carácter civil, por el prurito de desconocer los derechos laborales; desatendiendo, además, documentos que fueron suscritos por el

mismo representante legal, en los que expresamente se consignaba la naturaleza laboral del vínculo.

*Bajo este entendido, al no probar que obró de buena fe en el no pago de las acreencias reclamadas, no se le puede exonerar de la **indemnización moratoria** de que trata el artículo 65 del CST, siendo imperativo revocar la decisión absolutoria de primer grado en este sentido para, en su lugar, condenar a la sociedad accionada a su pago, en la suma diaria de **\$94.081**, desde el 30 de diciembre de 2018 hasta el día en que se realice el pago de las prestaciones sociales ordenadas, conforme los parámetros del artículo 65 de CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, y dado que la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, tal como lo enseña la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003.*

*En lo que corresponde a la liquidación de la **sanción por la no consignación de las cesantías** el artículo 99 de la ley 50 de 1990 señala “1ª: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo ...3ª 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo” Esto es, que cesa dicha sanción cuando el empleador consigna dicha cesantía, en tanto sigue corriendo. Como hasta el momento esta prestación no ha sido pagada, dicha sanción sigue gravitando el patrimonio de la demandada hasta la finalización del contrato de trabajo, porque de allí en adelante procede la indemnización del artículo 65 del CST y las dos no son acumulables dada su naturaleza.*

Así las cosas, el cálculo de la sanción por la falta de consignación de las cesantías de los años 2016 y 2017², que ascienden a \$61.471.395.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C.,

2

AÑO	CAUSACIÓN	HASTA	SALARIO	VALOR
2016	15 de febrero de 2017	14 de febrero de 2018	\$2.653.000	\$31.835.880 (\$2.653.000/30*360)
2017	15 de febrero de 2018	El contrato terminó el 30/12/2018	\$2.822.446	\$29.635.515 (\$2.822.446/30*315)
TOTAL				\$61.471.395

Sala de Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

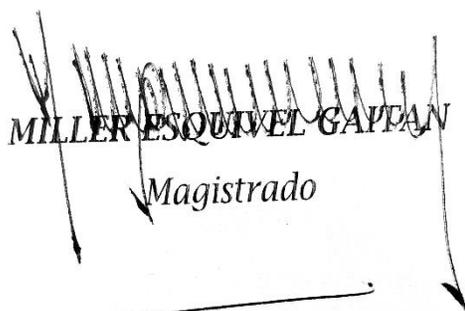
Primero.- *Adicionar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación - FECODE - a pagar las sumas de dinero por los conceptos que a continuación se relacionan:*

- a) la indemnización moratoria a razón de \$94.081.00 diarios a partir del 30 de diciembre de 2018 y hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones sociales objeto de condena.*
- b) \$61.471.395.como sanción por no consignación de las cesantías de los años 2016 y 2017.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada.*

Tercero.- *Sin costas en esta instancia*

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE KAREN MARCELA MARÍN TARAZONA CONTRA ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Karen Marcela Marín Tarazona, por medio de apoderado judicial, demandó al Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. para que se declare que existió un contrato de término indefinido entre el 4 de agosto de 2008 y el 27 de junio de 2016; que fue despedida en forma ilegal e injusta, que los aportes a seguridad social en salud, pensiones y el pago de prestaciones sociales se realizaron sin incluir todos los factores salariales. En consecuencia, se condene al pago

indemnización legal por despido ilegal e injusto (art. 64 del CST), indemnización por despido sin causa convencional; pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, la reliquidación y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales, sanción moratoria del art. 99 de la Ley 50 de 1990; sanción por el no pago total de intereses a las cesantías, indemnización moratoria art. 65 del CST, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 a 8 en los que en síntesis se indica que: estuvo vinculada con la empresa demandada mediante contrato de trabajo desde el 4 de agosto de 2008 para desempeñarse como supernumerario asesor ventas y su último cargo fue el de subgerente comercial, con una asignación básica mensual de \$3.217.719; durante la vigencia de la relación laboral se hicieron pagos de naturaleza no salarial como bonificación de reemplazo, bonos, incentivo no constitutivo de grabación que no fueron tenidos en cuenta para aportes a seguridad social; el último cargo desempeñado fue el de subgerente comercial con una asignación básica mensual de; se afilió al sindicato Afonpebf y fue elegida vicepresidenta de la junta el 18 de marzo de 2016; el 22 de junio de 2016 recibió citación a descargos, la cual se llevó a cabo el 24 de junio siguiente en la que se le indilgó la ingesta de bebidas alcohólicas en su puesto de trabajo, conforme a reporte de novedad de 17 de junio y el informe de seguridad bancaria de 20 de junio de esa anualidad; que en los descargos fue reiterativa en afirmar que no consumió bebidas embriagantes, no se le realizó prueba de embriaguez o alcoholemia; que en declaración juramentada rendida ante la Notaría única de Chaparral -Tolima el al vigilante Oclide Alviar Arias quien hizo el reporte de novedad, aclaró que ella no consumió tales bebidas, por lo que el informe fue adulterado con el fin de justificar el retiro. Agrega que en la notificación de apertura del proceso disciplinario se hizo un relato de los hechos, pero no se indicaron las conductas posibles de sanción, no se hizo calificación de las posibles faltas disciplinarias, no se le indicó la posibilidad de controvertirlas mediante el uso de recursos, no se valoró la ausencia de antecedentes disciplinarios previos, adolece de presunción de inocencia y se

violó la imparcialidad; finalmente indica que el demandado le notificó la terminación del contrato con justa causa el 27 de junio de 2016, efectivo a partir del momento de obtener permiso para despedirla en calidad de aforada sindical; que la terminación efectiva del contrato se dio el 3 de agosto de 2017 cuando perdió la calidad de aforada; el 11 de agosto de ese año el Banco le pagó las acreencias laborales, tomando para el efecto solo la asignación básica, presentó reclamación al banco el 2 de octubre de 2017 pidiendo su reintegro, el cual fue negado en comunicación del 3 de octubre siguiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el banco demandado en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 183 a 206 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, el último cargo desempeñado y el último salario devengado por la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan: Como medio de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 355) en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.; ordenó compulsar por falso testimonio a Oclide Alviar Arias, y condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte actora interpone recurso de apelación argumentando que el juzgado incurrió en error a no dar valor probatorio a la declaración extrajudicial y la declaración rendida en el proceso

por el señor Oclide Alviar Arias, con la cual se busca demostrar la falsedad de informe de seguridad bancaria y el reporte de novedad que fue obligado suscribir el mencionado; desconociendo de esa manera en principio de unidad de la prueba al valorar las pruebas testimoniales y concluir que de ninguna de ellas se infiere que la demandante haya ingerido bebida embriagantes en su puesto de trabajo, presentándose duda en la comprobación de la falta endilgada, restándole valor probatoria a la declaraciones rendidas por el señor Wilson Orlando Tapiero, quien fue testigo presencia y de manera reiterativa manifestó que Karen no tomo bebidas alcohólicas; Susan Katherin Cháve donde afirmo que en las fotos del informe de seguridad no se ve a Karen, que no tiene conocimiento si ella participó en la vaca y que supone que si a ella le ofrecieron trago, también se lo ofrecieron a los demás; Karol Viviana Velásquez, quien manifestó que estuvo en la oficina centro, pero no se dio cuenta de lo que estaba pasando y manifestó que no sabe, ni le consta que Karen estuviera ingiriendo bebidas alcohólicas, presentando contradicciones en su dichos; agrega que de las fotos incorporadas no se puede observar que Karen Marín hubiese estado sosteniendo latas de cerveza, o que se hubiese dirigido a la cocina a servirse licor. Agrega que si bien la sentencia se analizó jurisprudencia sobre el particular, no se tuvo en cuentas la sentencia C- 636 de 2016 que modificó el art. 60 del CST, en el sentido de que la prohibición legal endilgada solo se configura un incamente si el consumo de bebidas embriagantes o sustancias alucinógenas afecta directamente con las labores, aunado que no se hizo prueba de embriaguez; insistiendo que el proceso no se encuentran demostrado los hechos que motivaron la terminación del contrato de trabajo, correspondiendo a la parte demandada hacerlo y en previo al trámite del despido se violó el debido proceso conforme lo mencionado en los fundamentos de la demanda, por lo que pide que se revoque la decisión del a quo y conceda la indemnización por despido injusto legal o convencional pretendidas.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandante.

NEXO LABORAL - TERMINACIÓN DEL CONTRATO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que estuvo vigente del 4 de agosto de 2008 hasta el 3 de agosto de 2017, en virtud del cual la actora desempeñó como último cargo el de Subgerente Comercial con una asignación básica mensual de \$3.217.719.00 y un salario promedio mensual de \$4.132.476,00 ;, lo cual fue aceptado por la pasiva desde la contestación de la demanda y se encuentra corroborado con las documentales aportadas a folios 61 y ss, contrato de trabajo, carta de terminación, , certificación laboral expedida por la entidad demandada y la liquidación definitiva de acreencias laborales.

La disputa se suscita, en primer lugar, frente a los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, si se encuentran acreditados en el presente proceso y si constituyen justa causa para dar por terminado el vínculo. Cumple, entonces, precisar que se encuentra acreditado el hecho del despido, por manera que es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.

Pues bien, en el caso de autos, la determinación de Colsubsidio de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada a la actora mediante carta fechada 27 de junio de 2016 (fls.84 a 86); allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:

*"[...] Como con secuencia del reporte de novedades de juni 17 de 2016, presentado por el señor OCLIDE ALVIAR ARIAS, Guarda de Seguridad de nuestro Proveedor AINCA SEGURIDAD, asignado al Parque nacional, del acta de entrega del 17 de junio de 2016 suscrita por el Supervisor de dicha empresa de seguridad HÉCTOR ARTURO ARTUNDUAGA VARGAS y del informe de Seguridad Bancaria de fecha 20m de junio de 2016, el banco tuvo conocimiento de los hechos presentados en esta oficina y referidos a que el pasado viernes 10 y viernes 17 de junio de 2016, los integrantes de dicha oficina incluida usted, **ingirieron y permitieron el consumo de bebidas alcohólicas dentro de las instalaciones de la misma y en horario laboral**, específicamente cerveza Águila. En efecto, de estos informes y de las imágenes extraídas del video del Circuito Cerrado de Televisión (CCVT) del área de la oficina y cocina, se aprecia que usted ingirió el contenido de lo que se identifica como latas*

de cerveza águila amarilla de 473 centímetros cúbicos. Se advierte igualmente, que utilizaron al Guarda de Seguridad ALVIAR ARIAS, para que éste colaborara en servir y entregar los vasos a los trabajadores...”.

En la misiva de terminación del contrato de trabajo, el Banco demandado indicó que lo hacía de conformidad con lo establecido el Reglamento Interno de Trabajo, artículo 70, literales a,b.c.d.e.f.j.l; el artículo 81 numerales 1.2.3.5.6.9; artículo 85 numeral 2; artículo 95, numerales 2,4,6., de acuerdo con los fundamentos anteriormente transcritos.

Es precisar que terminación efectiva del contrato que supeditada a la obtención de permiso del juez laboral de levantamiento de fuero sindical, en su condición de dirigente sindical de AFONPEBF en el banco Corpbanca Colombia S.A.; y teniendo en cuenta que la organización sindical de la cual derivaba su fuero sindical decidió retirarle dicha garantía y el periodo de 6 meses consagrado en el art. 406 del CST finalizó, a través de comunicación del 3 de agosto de 2017 a partir de esa data se hizo efectiva la terminación del contrato de trabajo (fl 93).

Corresponde entonces entrar a determinar si la sociedad accionada, a quien le correspondía el deber de probar las justas causas que alegó en su oportunidad para romper el nexo laboral, cumplió con su carga procesal, esto es, establecer que los hechos esgrimidos en la comunicación del despido ciertamente tuvieron ocurrencia y con ellos se infringieron disposiciones legales o contractuales.

A folio 69 del plenario se allego reporte de novedad, departamento de operaciones de Ainsa Seguridad de 17 de junio de 2016 suscrito por Oclide Alviar Arias en cuyo informe indica: “Me permito poner en conocimiento la novedad irregular que se viene presentando en la oficina Parque Nacional piso 1 desde el inicio de los partidos de la Copa América cuando juega la selección Colombia, donde los funcionarios realizan una colecta de dinero para la compra de cerveza y se consume al interior de la oficina después del cierre de atención al público, dicha novedad como el día de hoy la semana pasada los funcionarios que participan son subgerente Fredy Karen, Lina gerente Fernanda Edwin Wilson Karen , la única persona que no participa es la cajera Katerin.” Y en acta de entrega suscrita por Héctor Arturo Artunduaga Vargas, se menciona que se incautó una lata de cerveza águila de 472 cc como muestra de evidencia

que se está consumiendo bebidas alcohólicas (fl 70); se incorporó informe de la gerencia de seguridad bancaria, fechado 20 de junio de 2016, en que se menciona que en junio 10 y 17 el área de cumplimiento remitió reporte de consumo de bebidas alcohólicas, por parte de los funcionarios de la oficina parque nacional, recibido a través de canal de comunicación anónimo y que en el 19 de junio se evidenció que después de cierre de atención al público en el puesto de trabajo de la subgerente comercial Karen Marcela Marín Tarazona, el subgerente comercial Wilson Orlando Tapiero López y el asesor ventas Edwart Téllez Reina, a quienes se aprecia ingiriendo el contenido líquido de vasos desechables, sin que se pudiese evidenciar el tipo de sustancia líquida, y en la secuencia se ve que el guarda de seguridad quien provee las bebidas; que en semana siguiente se instaló en la cafetería contra cámara y el viernes 17 se observa que el asesor de ventas Téllez Reina entra a la oficina con una bolsa y cuando ingresa a la cocina se evidencia que el contenido es de cervezas en lata las cuales deposita en la nevera; el mismo día después del cierre de atención al público, el guarda de seguridad ingresa a la cafetería y sirve la cerveza en vasos desechables que entrega a los funcionario, entre ellos la aquí demandante, quienes en su puesto de trabajo reciben los vasos y consumen su contenido en 2 oportunidades, suspendiendo la actividad a las 4:29 p.m., momento en cual hizo presencia en la oficina la subgerente administrativa gestora de recursos humanos Carol Viviana Velásquez Guerrero, adjunto se allego secuencia fotográfica, (fls 240 a 248, replicado a folios 346 a 354 del expediente, dentro de la cual precisa la Sala, no se puede observar con claridad que haya personas de sexo femenino ingiriendo alguna bebida en vasos desechables o en latas de cerveza.

Aparece a folio 67 comunicación de 22 de junio de 2016 dirigida a la demandante y suscrita por el abogado senior relaciones laborales, seguridad y salud en el trabajo, en la que se cita diligencia de descargos, indicando los hechos por los que fue citada y las conductas trasgredidas del reglamento interno de trabajo; acta de descargos en los que la promotora que no ha sido objeto de medidas administrativas, recibió capacitación para su cargo, para el ejercicio de sus funciones tiene en cuenta los procedimientos establecidos, conoce el reglamento interno de trabajo; frente a los hechos endilgados, refiere que no es cierto que el 10 de junio de 2016 los integrante

de la oficina y ella hubiesen consumido bebidas alcohólicas; otra cosa es que por amabilidad el vigilante le alcance a los colaboradores de la oficina agua, gaseosa y tinto o lo que se compre para compartir como desayunos o arroz con leche por iniciativa de él, precisando que ese día la oficina se cerró aproximadamente a las 5:20 p.m. y el video muestra el supuesto consumo de alcohol desde la 16:17, hasta las 16:51, es decir en 37 minutos, lo cual itea no fue así; y que el 17 de junio siguiente no consumió ninguna bebida alcohólica, por cuanto conoce el reglamento integro de trabajo el cual prohíbe el consumo dentro de las instalaciones del Banco, que bebió en un vaso desechable gaseosa y que ese día se encontraba en su puesto de trabajo con la gerente María Fernanda Camelo en el proceso de desembolso de crédito a l cliente Rafael Lozano por lo que salió aproximadamente a las 6:20 de la oficina; agrega que no ha sido costumbre de los empleados de la oficina Parque nacional consumir licor y menos en horario de trabajo y es cierto que en algunas oportunidades han compartido con bebidas no alcohólicas como gaseosa, tinto, jugos, te, agua aromática, entre otros que se sirven en vasos, las cuales eran servidas por el vigilante de manera autónoma y amable en vasos desechables, insistiendo reiteradamente que no se ingirió bebidas alcohólicas, (fls 80 a 83). Manifestaciones que fueron reiteradas por la demandante en interrogatorio de parte absuelto en audiencia de trámite llevada a cabo el 9 de marzo de 2020, agregando que no tiene conocimiento que se haya realizado o haya participado el alguna colecta para la compra de bebidas alcohólicas, porque su padre estaba enfermo y sui sueldo se iba casi todo para él y no tenía para hacer colectas, no tiene conocimiento que el señor guarda de seguridad fuera quien comprara las bebidas, que el señor Euclides si repartió el 10 y 17 de junio bebidas, pero no alcohólicas, y esos días no pidió que le compraran nada, que duró 9 años y medio y nunca vio que hicieran alguna solicitud para ver un partido o repartir bebidas alcohólicas (grabación de audiencia cd fl 342).

A folios 145 y 146 del plenario se allego declaración extrajuicio rendida por el señor Oclide Aguilar Arias ante la Notaría Única del Circulo de Chaparral - Tolima, el 21 de junio de 2019 en el la que exresó: "... EN EL AÑO 2016 DEL MES DE JUNIO CUANDO ESTABAN EN LA COPA AMÉRICA ME ENCOTRABA PRESTANDO EL SERVICIO DE GUARDIA DE SEGURIDAD DE LA OFICINA PARQUE NACIONAL DE BANCO CORPBANCA DONDE PRESNETE UNA NOVEDAD EN LA MINITA D ELA OFICIAN POR

CUANTO ALGUNOS DE LOS FUNCIONARIOS D ELA OFICINA CONSUMIAN CERVEZA EN HORAS DE LA TARDE, DESPUES DEL CIERRE DE LA OFICINA AL PUBLICO Y HASTA QUE SE IBAN TODOS LOS EMPLADOS PARA SUS CASAS, ALGUNOS FUNICONARIOS TOMARON CERVEZA EN VASO DESECHABLE, CEVEZA QUE FUE SERVIDA POR MI EN LA OFICINA PARUQE NACIONAL; RECUERDO QUE LOS FUNCIONARIOS QUE BEBIERON FUE (SIC) LA GERENTE MARIA FERNANDA CAMELO, EL SEÑOR WILSON TAPIERO, LA SEÑORITA LINA BONILLA Y UN SEÑOR EDWAR, LOS UNICOS QUE NO CONSUMIERON CERVEZA FUE (SIC) EL SEÑOR FREDY MORALES EL SUBGERENTE PORQUE SE TENIA QUE IR A LA UNIVERSIDAD Y TENIA QUE MANEJAR, LA SEÑORA KAREN MARCELA MARIN PORQUE MANIFESTÓ QUE NO PODIA CONSUMIR BEDIDAS ALCOHOLICAS. (...) CUANDO LLEGUÉ A LA EMPRESA ME ENTREVISTO CON EL COORDINADOR HECTOR TRIVIÑO, QUIEN ME DIJO QUE TENIA QUE DECLARAR EN CONTRA DE TODOS LOS FUNCIONARIOS DEL BANCO PORQUE LOS IBAN A ECHAR Y QUE SI YO NO LO HACIA A MI TAMBIEN ME CANCELABAN EL CONTRATO, PERO QUE SI DECLARABA EN CONTRA DE ELLOS ME ASCENDIAN Y CONTINUABA EN LA EMPRESA (...)."

Del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal del Banco, no se hace ninguna manifestación tendiente a esclarecer la ocurrencia los hechos que motivaron la terminación del contrato de trabajo, diferente a que no se le practicó no se usó método científico para determinar que la trabajadora estaba bajo los efectos del alcohol o embriagada; y que conocidos los informes se procedió a adelantar el trámite administrativo que concluyó con la decisión de la entidad bancaria, al encontrar la ocurrencia de falta gravísima establecida en el reglamento interno de trabajo como es la ingesta de bebidas alcohólicas en el puesto de trabajo.

*Se recibieron las declaraciones de **Wilson Orlando Tapiero López**, quien manifiesta que conoció a la señora Karen Marcela porque trabajaron en la sede de Parque Nacional, al ponérsele de presente las fotos anexas en el informe de seguridad bancaria indica que aparece en el folio 243 en la primera la segunda en el folio 244 en la 2,3,5 y 6 en el folio 245 en 1,2,4,5 en el folio246, ella aparece en la 243 1 y 2 en la 244 está en la 5 en esa imágenes e ve a ella en el puesto de ella en la 244 se ve en la quinta con otra persona hay sentada y en la 246 está sentada y se ve que está atendiendo personas no se ve a quien está atendiendo, ese día era un viernes era horario de trabajo llego Carol Velázquez directora de la oficina, y afirma que unas personas si tomaron bebidas alcohólicas como el vigilante, la cajera y las personas*

que pasan hay con el licor, pero la señora Karen Marín no tomo nada de bebidas alcohólicas, que ella no está acostumbrada a tomar, por temas de salud y por lo que estaba pasando con su padre, que ella tomaba aromática o agua, y que en los dos meses que alcanzó a estar en la oficina no se repitió esa conducta solo una vez, durante la vigencia de esa copa américa, le sirvió el vigilante y el asesor Edward, insistiendo que lo que ella tenía era un pocillo con una aromática.

Fredy Alonso Morales en su declaración afirma que trabajo Karen Marín en el Banco; frente a los hechos indica que no la vio tomando bebidas alcohólicas, y frente a las fotografías que le pusieron de presente indicó que en el folio 244 en la fotografía 3 y a aparezco yo folio 247 foto 3 en la imágenes están repartiendo bebidas no sé qué bebidas en lo que observo hay una bebidas de Edward Téllez y el guarda Euclides en la mano, pro no sabe que contenido tenían.

Oclide Aguiar Arias, reconoce que documento visto a folio 69 del proceso (reporte de novedad) es su letra y su firma, que conoció a la demandante cuando trabajó en el banco Corpbanca en 2016 con la empresa de seguridad; que trabajando hay cuando jugo la selección Colombia, después del cierre al público con algunos funcionarios hicieron una recolecta para comprar una cerveza con el señor Edward, Lina y Wilson; que compro las cervezas y las llevó para la oficina l y se las sirvió a los mismos que mencionó. Indica que cuando hizo el informe el supervisor le dijo que si yo no hacia un informe lo echaban de la empresa, y para ello le ayudo el señor Montero, y él le decía que escribir, reconoce que aparece en las fotos de folios 243 y 244 con una bolsa y un vaso en la mano que era pare él; y que en un vaso a la señora Karen le pasó agua, no me acuerdo si era aromática o solo agua; que no le pidió plata a Karen ni recibió en la oficina sino a Lina, Wilson, y Edward; insiste en que se le forzó hacer el informe a cambio de que no lo sacaran de su puesto y que la demandante no lo indujo a hacer la declaración extrajudicial.

Susan Katerin Chávez González, manifiesta que ese día se cerró la oficina a las 4, ella estaba en la caja realizando el cuadre de efectivo y entre sus

compañeros realizaron una colecta para comprar licor y pasaron por cada uno de los puesto de cada uno de los miembros de la oficina ofreciéndoles ese licor, lo cual no aceptó que parte del equipo comercial recibió las bebidas, indica que en las fotografías no está ella y tampoco se ve a Karen Marcela y no tiene claridad si ella también estaba tomando porque en la parte que esta su puesto no había una visual clara hacia su puesto de trabajo y que no recuerda bien quien repartía las bebidas.

Carol Viviana Velázquez, consultora de gestión humana del banco desde 2013 indica que conoce a Karen Marcela, señala que asistió a la oficina el 17 de junio de 2016 porque se sentía mal ya que estaba en estado de embarazo, al golpear en la oficina estaba el subgerente y el vigilante, esa vez se demoró demasiado en abrir y cuando abrieron la puesta se dirigió hacia la cocina y se dio cuenta que estaban nerviosos en ese momento, no percibió ningún olor a bebidas alcohólicas, y no le consta que Karen Marcela estaba ingiriendo bebidas alcohólicas, agrega que eso fue sobre las 4 04:30 que ya habían hecho el cierre, y ese día hizo la notificación de descargos y lo único que dijo ella fue la embarramos por una bobada.

Por otra parte, se trajo al proceso documentos en los que se acredita la calidad de afiliada de la demandante a la organización sindical de industria Asociación de Trabajadores de los Fondos de Pensiones del Sector Bancario y Financiero AFONPEBF y fue miembro de la junta directiva como vicepresidente y fue removida de ese cargo (fls.87 a 92), lo que se ratifica en sentencia proferida por esta corporación en proceso de fuero sindical acción de reintegro promovido por la señora Marín Tarazona, (fls 218 a 224), acotando que en el mismo no se estudió las causas de terminación del contrato; copia de la convención colectiva de trabajo con constancia de depósito suscita entre el banco demandado y diferentes organizaciones sindicales (fls. 111 a 137), copia del reglamento interno de trabajo (fls 285 a 290) así como autoliquidaciones de aportes a seguridad social integral (fls 310 a 327).

Así, al analizar el material probatorio recaudado de conformidad con lo previsto en el artículo 61 del C.P. T. y S.S., observa la Sala que no se encuentra probada la justa causas endilgadas a la señora Karen marcela Marín

Tarazona- Debe tenerse en cuenta que si bien en reporte de novedad (fl 69) suscrita por el guarda de seguridad en la oficina Parque Nacional del banco, Oclide Alviar Arias, en el relato menciona que en ese lugar se presentaba el consumo de bebidas alcohólicas, dentro lo cual participaba la señora Karen; posteriormente en declaración juramentada rendida ante la Notaría Única del Circulo de Chaparral - Tolima, el 21 de junio de 2019, expresó que los funcionarios que bebieron fueron la gerente María Fernanda Camelo, Wilson Tapiero, Lina Bonilla y Edward; que los únicos que no consumieron cerveza fueron Fredy Morales subgerente porque se tenía que ir a la universidad y manejar, la señora Karen Marcela Marín porque manifestó que no podía consumir bebidas alcohólicas. (...) cuando llegó a la empresa me entrevisto con el coordinador Héctor Triviño, quien me dijo que tenía que declarar en contra de todos los funcionarios del banco porque los iban a echar y que si yo no lo hacía también le cancelaban el contrato, pero que si declaraba en contra de ellos me ascendían y continuaba en la empresa, manifestaciones que fueron reafirmadas en su testimonio al interior del proceso, precisando que fue rendido de manera espontánea, si dubitación y sin que del mismo de observe parcialidad en su declaraciones, por lo para la Sala no hay lugar a restarle credibilidad en sus manifestaciones.

En gracia de discusión, de no tener en cuenta las manifestaciones hechas por el señor Alviar Arias, de las demás pruebas practicadas en el proceso tampoco se infiere la participación de la señora Marín Tarazona en el consumo de bebidas alcohólicas dentro de las instalaciones del banco oficina Parque Nacional, en razón a que si bien en el informe de se incorporó informe de la gerencia de seguridad bancaria, fechado 20 de junio de 2016, se menciona que en junio 10 y 17 el área de cumplimiento remitió reporte de consumo de bebidas alcohólicas, por parte de los funcionarios de la oficina parque nacional, recibido a través de canal de comunicación anónimo y que en el 17 de junio se evidenció que después de cierre de atención al público en el puesto de trabajo de la subgerente comercial Karen Marcela Marín Tarazona, el subgerente comercial Wilson Orlando Tapiero López y el asesor ventas Edward Téllez Reina, a quienes se aprecia ingiriendo el contenido liquido de vasos desechables; a renglón seguido se precisa que no se puede evidenciar el tipo de sustancia liquida que ingerían. Nótese que en los registros

fotográficos nexos al citado informe (fls 243 a 248, y 349 a 359 del plenario), no es posible establecer que la aquí demandante se encuentre con su compañeros de trabajo en el consumo de bebidas embriagantes, ni mucho menos que siquiera las hubiese manipulado; y de las declaraciones rendidas en curso del proceso, es claro para la sala que a nadie le consta que la señora Marín Tarazona hubiera ingerido bebidas alcohólicas.

Entonces, como la demandada no logró demostrar las justas causas endilgadas al demandante que motivaron la terminación del contrato de trabajo, el despido de la señora Karen Marcela Marín Tarazona deviene en injusto, sin que sea necesario hacerse un pronunciamiento detallado frente a los demás aspectos de la alzada relacionado con esta súplica; por lo que hay lugar a imponerse la sanción prevista el artículo 64 del C. S. T., modificado por artículo 28 de la Ley 789 de 2002, literal a); la que liquidada conforme al último salario promedio devengado por la demandante y que reconoció la demandada desde la contestación de la demanda, así como el tiempo laborado, asciende a la suma de \$26.172.348,00, razón por la cual se revocará la decisión del a quo, para en su lugar imponer la condena por este concepto, indemnización que debe ser indexada teniendo en cuenta la devaluación del peso colombiano entre la fecha del despido y el día en que se realice el pago. No sin antes advertir que si bien se encuentra demostrada la calidad de afiliada de la actora a la organización sindical AFONPEBF y que se le realizaban descuentos con destino a Adebán (fl 139 vuelto), se allego convención colectiva de trabajo con vigencia 2015-2017 suscrita entre el demandado y sus sindicatos, (fls 111 a 137, replicada a folios 271 a 280), de su revisión minuciosa no se observa ninguna norma relacionada con estabilidad o tabla de indemnización por despido injusto que pudiera ser más favorable a la promotora y no operó el fenómeno prescriptivo si se tiene en cuenta que la terminación del contrato de produjo el 3 de agosto de 2017 y la demanda se promovió el 2 de septiembre de 2019, es decir sin haber transcurrido el término trienal previsto en los artículos 388 del CST y 151 del C.P.T. y S.S.

Frente a las demás aspectos no se presentó reparo por las partes.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Revocar los ordinales segundo y cuarto de la parte resolutive de la de la sentencia apelada, para en su lugar condenar al banco Itau Corpbanca Colombia S.A. a reconocer y pagar a la señora Karen Marcela Marín Tarazona la suma de \$26.172.348,00, por concepto de indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada al momento del pago. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

Tercero.- Costas de las instancias a cargo de la parte demandada. Por Secretaría, inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$1.000.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese a las partes en legal forma y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado~~

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, DC.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MILLER JHANNERLIMAN NASAYO BLANCO CONTRA ROGOSO REDES Y COMUNICACIONES S.A.S.

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia en el proceso de la referencia, el Magistrado Sustanciado la declaró abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la sala tercera de decisión.

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Miller Jhannerliman Nasayo Blanco, actuando por conducto de apoderada judicial, demandó a Rogoso Redes y Comunicaciones S.A.S. para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de mayo de 2016 hasta el 31 de enero de 2019, el cual finalizó sin justa causa, en consecuencia, se condene al pago de la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la falta de consignación de cesantías del año 2017, así como a las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65, y lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 9 y 14 (archivo 01 C.D. fl. 2), en los que en síntesis se indica que: celebró contrato de obra o labor contratado con la encartada el 2 de junio de 2016, fecha desde la que inició sus labores como técnico instalador de radioenlaces dentro de la ejecución del proyecto "ENLACES", no obstante, ejecutó su oficio en diferentes obras, tornándose el vínculo laboral como indefinido. Cumplió horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a sábado en los turnos ordenados, percibiendo como último salario la suma de \$1.400.000 el 31 de enero de 2019, por los hechos acontecidos el día inmediatamente anterior. En el desarrollo de la diligencia se estableció que el 30 de enero se retiró de su lugar de trabajo antes de que se diera por terminada la jornada laboral, lo que se consideró como una falta grave, que daba lugar a la terminación del contrato de trabajo. Como justificación alegó que el objetivo del día se encontraba cumplido y el encargado de la obra autorizó su retiro anticipado, empero, se le dio por terminado el nexo entre las partes, por lo que la empresa le hizo entrega de la liquidación final de prestaciones. Durante la vigencia del contrato de trabajo no se consignó el auxilio de cesantías del año 2017, por lo que presentó solicitud el 13 de marzo de 2019, para que el entonces ex empleador cumpliera con su deber legal, por lo que el día 15 del mismo mes y año se expidió paz y salvo en suma de \$1.629.156 correspondiente al auxilio y su intereses. Agregó que el patrono no le hizo saber de su incumplimiento, por lo que al momento de quedar cesante le fue imposible acceder a la totalidad de los rubros que debían ser depositados en el FNA, de manera que hay lugar a las sanciones de los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del CST.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, en proveído del 22 d febrero de 2021 se tuvo por no contestada la demanda a Rogoso Redes y Comunicaciones S.A.S., en escrito visible a folios 155 y 156 (CD. fl. 2),

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2 9) en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a partir del 2 de mayo de 2016 y hasta el 31 de enero de 2019, con un último salario de \$1.400.00. Condenó a la sociedad a

reconocer y pagar: **a)** \$3.030.741 por la terminación injusta del contrato de trabajo, **b)** \$16.100.000 con ocasión a la no consignación de las cesantías y **c)** \$2.500.000 por la sanción del artículo 65 del CST, además le impuso costas en suma de 2smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Ante el desacuerdo con la decisión del a quo, el extremo demandado la recurre aduciendo que el contrato de trabajo terminó con justa causa, toda vez, que la falta fue gravísima y debido a que el trabajador se retiró antes de que culminara su horario laboral, no hubo nadie presente en el momento en el que el representante legal de la empresa contratista concurrió a recibir la obra, lo que ocasionó además que las empresas no volvieran a celebrar contratos comerciales, soportándose la decisión en el dicho del testigo, sin tener en cuenta que una vez fue despedido el entonces trabajador insultó a la persona que se lo comunicó. De otro lado, se mostró inconforme con las condenas impuestas respecto de las sanciones de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y el 65 del CST por dos motivos, el primero, es que aquellas “no son concurrentes y no puede proceder el cobro de las dos”, el segundo, que en todo caso, debió demostrarse la mala fe del empleador al sustraerse de la obligación de pago de las cesantías y aquel evento no quedó acreditado en el plenario, en tanto, una vez se tuvo conocimiento de la omisión, se procedió al pago de los dineros adeudados.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora, solicitó se conforme en su integridad la sentencia objeto de alzada.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis del reparo efectuado por la parte demandada en la sustentación del recurso interpuesto.

NEXO LABORAL

No fue objeto de controversia que entre el demandante y Rogoso Redes y Comunicaciones S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de mayo de 2016 y el 31 de enero de 2019, desempeñando el cargo de técnico instalador con un último salario mensual de \$1.400.000, hechos que se corroboran con el contrato de trabajo a (fls. 40 a 42 y 112 a 114), otro sí al contrato de trabajo (fls. 115 y 116), la carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 60 a 62) y la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 63).

TERMINACIÓN DEL CONTRATO- INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

La disputa se suscita, frente a los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, si se encuentran acreditados en el presente proceso y si constituyen justa causa para dar por terminado el vínculo.

Cumple, entonces, precisar que se encuentra acreditado el hecho del despido, por tanto, es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.

Bien, en el caso de autos, la determinación de Rogoso Redes y Comunicaciones S.A.S. de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada al actor mediante carta fechada 31 de enero de 2019 (fls. 60 a 62); allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:

“...me permito manifestarle la decisión de DAR POR TERMINADO UNILATERALMENTE Y SIN JUSTA CAUSA EL CONTRATO DE TRABAJO vigente a la fecha.

La decisión adoptada tiene fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones laborales y en especial hechos de grave repercusión con Clientes Externos de la Compañía, ocurridos el pasado 30 de enero de 2018, citados en Diligencia de descargos y proceso de investigación.

PRIMERO: El día 31 de enero de 2019 la Dirección de RRHH recibe correo por parte de la dirección de proyectos, donde se informan los siguientes hechos:

El día de ayer se presentó la novedad con el trabajador MILLER NASAYO, retirándose de las actividades de TEPERFORMANCE BTS3, sin autorización antes de terminar su jornada laboral.

(...) En conversación con el cliente quien visitó la obra a las 4:20 PM, informa que no encontró personal de Rogoso en las instalaciones.

Más adelante, en la misiva de terminación del contrato de trabajo, la demandada indicó que las conductas anteriormente señaladas, se enmarcan dentro de las justas causas del numeral 1º del artículo 58 del CST, así como en el 6º del artículo 62 de la misma codificación y los literales a, f, g, h e i del artículo 52 capítulo IX del reglamento interno de trabajo.

Corresponde entonces determinar si la sociedad accionada, a quien le corresponde de probar las justas causas que alegó en su oportunidad para romper el nexo laboral, cumplió con su carga procesal, esto es, establecer que los hechos esgrimidos en la comunicación del despido ciertamente tuvieron ocurrencia y con ellos se infringieron disposiciones legales o contractuales.

En este orden, verifica la Sala que fue aportada copia de la citación a diligencia de descargos para el 31 de enero de 2019, recibida por el accionante, y en la que se anota: “me permito citarlo ... a las 16:00, la cual tiene como finalidad realizar diligencia de descargos por informe suscrito por la Dirección de Proyectos, en relación con los hechos ocurridos el pasado 30 de enero de 2019 (...)” (fl. 129, también se aportó el acta de la mentada diligencia, en la que se registró:

“Pregunta: Indique la hora en que inició labores el día 30 d enero de 2019 en las instalaciones del proyecto Teleperformance BTS-03.

Respondió: Ingresé a las 6:40 a.m.

Pregunta: Indique si realizó reporte de inicio de actividades y porque medio lo realizó

Respondió: Sí, realicé reporte de inicio de actividades por medio del chat del grupo de whatsapp, reportes ingreso/salida.

Pregunta: Indique hora del reporte

Respondió: A las 7:02 A.M.

Pregunta: Indique las actividades que realizó el día de ayer en las instalaciones del proyecto Teleperformance BTS-03, con hora estimada.

Respondió: Llegué a las 06:40 a las instalaciones, ingresé y reporté el inicio de actividades a las 7:02 A.M. organizar herramienta y material aproximadamente hasta las 09:30 AM en el cuarto piso. Recibimos equipos a las 10:30 en el exterior de las instalaciones y procedimos a subirlos al cuarto piso. Se inició con la instalación de cableado para dispositivos de incendio a las 12 del día, y el cableado para las sirenas, estrobos y botones de todo el cuarto piso. Se complementó la instalación y ajuste de unos tubos también en el cuarto piso, esta actividad

se culminó hasta las 4 de la tarde. Luego se recogió herramienta escaleras, se guardaron insumos y la persona que se encuentra a cargo de la obra, al ver que ya se había logrado el objetivo propuesto para el día dio la salida a las 4:30 de la tarde.

Pregunta: Cuándo se refiere a la persona encargada de la obra, manifieste quién es esa persona.

Respondió: El señor Nilton.

Pregunta: Indique la hora en la que terminó actividades y salió de las instalaciones del proyecto Teleperformance BTS-03 el día 30 de enero de 2019.

Respondió: Fin de actividades a las 4 de la tarde y salida a las 4:30 de la tarde.

Pregunta: Indique el motivo por el cual se retiró del lugar de ejecución del proyecto Teleperformance sin informar a su jefe directo.

Respondió: Básicamente, porque se cumplió el objetivo del día y porque la persona encargada indica que él realiza el reporte de salida y finaliza las actividades del día.

Pregunta: Indique su horario de trabajo.

Respondió: Ingreso 7 de la mañana y salida a las 5 de la tarde.

(...)

Pregunta: Indique si solicitó autorización de su jefe inmediato para ausentarse de las instalaciones del proyecto Teleperformance BTS-03.

Respondió: No señor. (...)

También se arrimaron al plenario los correos electrónicos del 31 de enero de 2019 en los que se anotó: “en conversación con el cliente quien visitó la obra a las 4:20 PM, informa que no encontró personal de Rogoso en las instalaciones. Se solicita al cliente el reporte de entrada y salida del trabajador, con la hora de recibido y entrega del carné del cliente que habilita el ingreso y nos repota hora de llegada a las 09:56 de la mañana y salida a las 02:00 de la tarde. Agradezco su amable colaboración para adelantar la diligencia con el trabajador y aclarar la situación” (fls. 130 a 133); los cuales pese a ser incorporados de oficio por el fallador de primer grado, no pueden ser valorados, toda vez, que no se tiene certeza de su autoría, nótese como estas comunicaciones emanan de los señores Giovanni Rojas, Florián B Mario, Emily González, e incluso se observa que los remitentes y destinatarios originales son John Robayo Cruz y Jaime Hernando Ramírez Quimbayo.

Al punto, cabe traer a colación la sentencia del 18 de agosto de 2010 Rad. 36672, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia puntualizó: “Para que los correos electrónicos puedan ser estudiados en casación se debe tener certeza de su

autoría atendiendo los protocolos establecidos en la Ley 527 de 1999. Así lo enseñó esta sala en la sentencia con radicado 34559 de 2009: “Sobre estos documentos precisa la Corte, que si bien es cierto la Ley 527 de 1999 reconoce a los mensajes de datos admisibilidad como medio de prueba, así como fuerza demostrativa, y que la jurisprudencia ha admitido que el documento electrónico “es equivalente al documento escrito” –sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de febrero de 2008, rad. N° 2001-06915-01, también lo es que para que pueda ser tenido como medio calificado para efectos de la casación del trabajo, se debe tener certeza sobre su autenticidad con el cumplimiento de los protocolos establecidos en la misma Ley consistentes en la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia y permita identificar al iniciador, o la aceptación de éste sobre la autoría del documento y su contenido como lo prevé el artículo 7° de la Ley 527 en comento”.

En cuanto a la prueba testimonial, se escuchó a los señores **Nilton Javier Gaviria**, de quien fue compañero de trabajo entre marzo de 2018 y enero de 2019. Conoce del despido del demandante debido a que ambos trabajaban en el proyecto Teleperformance, junto a otras 4 personas, ya que eran 3 grupos de parejas. El día en que se dice que se fueron antes de que finalizaran el horario laboral, lo que sucedió fue que durante la hora de almuerzo realizaron la labor y esa hora la descontaron al final de la jornada., lo cual fue consensuado entre todos los trabajadores, pero luego de la salida el personal de seguridad de la contratante se percató de que no había nadie en la obra y lo informó a Rogoso, por eso toda la cuadrilla rindió descargos, y como resultado de aquella diligencia el único despedido fue Nasayo Blanco. La decisión de trabajar incluso a la hora de almuerzo, se adoptó pensando en completar la tarea asignada para el día, lo cual se cumplió sin que quedara ninguna actividad pendiente. El actor y él tenían el mismo cargo, pero ese día él (el deponente) “era el encargado como tal del proyecto, tenía comunicación con el ingeniero Giovanni y siempre que se manejaba este tema de movimientos, él siempre nos apoyaba, lo importante era cumplir las tareas del día”, empero, por la situación particular ese día recibió un memorando a la hoja de vida. Luego de eso se retiró por la demora en el pago de salarios. Agregó, que no estaban autorizados para retirarse del lugar de trabajo las 4:00 p.m., pero ya estaban cumplidas las horas laborales y eso contaba en 1 minuta de servicio, por lo que cuando la verificaron estaban las 8 horas de trabajo, sin hora de almuerzo. No tiene idea de la disparidad de hora de ingreso y salida alegada por la empresa.

Así, al analizar el material probatorio recaudado de conformidad con lo previsto en el artículo 61 del CPTSS, observa la Sala que no se encuentran probadas las infracciones a las obligaciones del trabajador como erradamente lo señaló la empresa, nótese como el testigo fue claro al indicar que era la persona a cargo de

la obra y por tanto, acordó con los demás trabajadores prestar el servicio de manera continua, e incluso aceptó que no estaba autorizado para adoptar esa decisión y por ello recibió un llamado de atención, y no fue despedido, por tanto, resulta desproporcionado, el despido respecto de un trabajador que estaba bajo la autorización de quien fungía como líder de obra, mientras que quien autorizó el retiro del lugar, apenas si recibió una amonestación.

Además, no es cualquier falta la que da lugar a la terminación del vínculo laboral con justa causa sino que tiene que ser de tal naturaleza que conlleve el calificativo de grave, esto es, que el desconocimiento de esas obligaciones y prohibiciones tienen que ser de una importancia que menoscabe en forma real la armonía, el buen desarrollo de la empresa o ponga en peligro los bienes de la empresa o seguridad de la misma o de los compañeros de trabajo

*No encuentra la Sala que la conducta del demandante esté revestida de gravedad como lo exige la ley para dar por terminado el contrato de trabajo, ya que es la medida de más trascendencia dentro del contrato de trabajo "La gravedad -cuyo neto sentido etimológico es peso -y resulta de tan difícil mensura para el juzgador suele ser, como en el caso del ord. 8º del artículo 62 del C.S.T., en énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicio al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que pueden usarse por una de ellas en su exclusiva convivencia y como instrumentos lesivos de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen al Juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En este caso como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los artículos 58 y 60 del C.S.T., y su violación grave, expresaba así por el ord. 8 del artículo 62 *Ibidem*, el juzgador califica con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos." (casación del 7 de julio de 1958).*

Así, es claro que no se demostraron las justas causas achacadas al señor Miller Jhannerliman Nasayo Blanco para dar por terminado el contrato de trabajo, imponiéndose confirmar la decisión de primera instancia, ante, la falencia probatoria de la demandada al tenor del artículo 167 del CGP.

BUENA FE - INDEMNIZACIÓN MORATORIA - SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

La parte demandada apela la decisión de primer grado indicando que su actuación se encontraba revestida de buena fe y, por tanto, no proceden las condenas del artículo 65 del CST y la sanción por la no consignación de las cesantías, aunado a que estas no son concurrentes.

En ese orden, recuérdese que, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, no son de aplicación automática sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguientes a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación de la cesantía lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 999 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, porque, la buena fe, que aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico.

*En lo que corresponde a la liquidación de la **sanción por la no consignación de las cesantías** el artículo 99 de la ley 50 de 1990 señala "1ª: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo*

...3ª 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo” Esto es, que cesa dicha sanción cuando el empleador consigna dicha cesantía, en tanto sigue corriendo. Como hasta el momento esta prestación no ha sido pagada, dicha sanción sigue gravitando el patrimonio de la demandada hasta la finalización del contrato de trabajo, porque de allí en adelante procede la indemnización del artículo 65 del CST y las dos no son acumulables dada la su naturaleza.

Al punto, cabe recordar, que si bien se demostró en el asunto que el empleador no consignó las cesantías del año 2017, dentro del término legal (fl. 65), no menos cierto es que una vez el ex trabajador puso en conocimiento dicha situación el 13 de marzo de 2019 (fl. 64), la empresa, a los dos días de percatarse de la omisión y que al señor Nasayo Blanco le asistía razón en su reclamo, procedió a cancelar, tanto el valor de las cesantía como de sus intereses, tal y como se registra en el precitado folio 65 y lo asegura en los hechos de la demanda el actor, sin que pueda colegirse que lo pretendido por el patrono era causar un perjuicio al trabajador o sustraerse de sus deber, pues se itera, pese a cumplir con su obligación de manera tardía lo hizo en un término prudencial una vez conoció de un eventual error humano, sin hacer más gravosa la condición del ex trabajador, por lo que no resulta razonable imponer la sanción deprecada a la sociedad demandada. Mismos argumentos sirven para derruir la condena impuesta, respecto de la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

Así las cosas, se revocarán los literales b) y c) del ordinal segundo de la sentencia, de conformidad a las razones expuestas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar los literales b) y c) del ordinal segundo de la sentencia apelada para en su lugar absolver a la sociedad demandada de los conceptos de sanción moratoria y sanción por no consignación de cesantías, de acuerdo con lo dicho en la parte considerativa de esta sentencia.*

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAITAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELIZABETH SANABRIA AMADO CONTRA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM EICE LIQUIDADO

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 18 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Elizabeth Sanabria Amado, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Fiduciaria la Previsora S.A. como vocera y administradora del PAR Caprecom Liquidado, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 21 de enero de 2015 al 31 de enero de 2016, desempeñando el cargo de Profesional Universitaria con un salario mensual de \$2.604.603 y que fue terminado unilateralmente y sin justa causa y que como trabajadora oficial, es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom. En consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, auxilio de transporte, vacaciones, prima semestral, prima semestral de junio y diciembre, prima junio legal y por convención, prima de navidad, bonificación especial de diciembre, prima de navidad por convención, prima

vacaciones 15 días, bonificación por servicios prestados, recreacional y días de descanso, descanso especial, prima de retiro, reajuste salarial, auxilios educativos, dotaciones convencionales, auxilio de alimentación, horas extras, reembolso de lo pagado por su peculio por aportes a pensión, salud y riesgos profesionales, indemnización por despido injusto consagrada en la convención colectiva de trabajo e indemnización moratoria regulada en el decreto 797 de 1949 p subsidiariamente la indexación de las sumas adeudadas, lo probado ultra y extra petita, y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 11 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Caprecom EICE en liquidación la vinculó por medio de sendos contratos de prestación de servicios desde el 28 de mayo hasta el 30 junio del 2012; seguidamente suscribieron sucesivos contratos de prestación de servicio así, del 02 de julio hasta el 31 de agosto de 2012, del 01 de septiembre de 2012 hasta el 31 de marzo de 2013, del 01 de abril hasta el 10 de junio de 2013, del 11 de junio hasta el 31 de diciembre de 2013, del 21 de enero hasta el 31 de mayo de 2015, del 01 de junio de 2015 hasta el 31 de enero de 2016, prestando servicios inicialmente como Tecnóloga en la División de Tesorería y a partir del 1° de junio de 2015 como profesional en Subdirección Financiera cuya última asignación básica mensual fue de \$2.604.603, para el pago el cual debía presentar cuenta de cobro;; cumplía el horario de lunes a viernes de 8 am a 5 pm y algunas veces los días sábados de 8 am a 5 pm; sus jefes inmediatos eran trabajadores de planta de Caprecom EICE en liquidación; la actora realizaba sus aportes a pensión, salud y riesgos laborales cada mes; para el desempeño de sus funciones, el suministro de las herramientas de trabajo y servicio sistematizado las proveía directamente la demandada; el 15 de marzo de 2016 la actora realiza reclamación administrativa ante Caprecom EICE, la cual dio respuesta negativa mediante Resolución N° AL-0433 de fecha 19 de abril de 2016 aludiendo el rechazo de la acreencia laboral solicitada, y, posteriormente se expidió la Resolución N° AL 07113 de fecha 08 de agosto de 2016 en la cual se declara la pérdida de fuerza de ejecutoria parcial de la anterior resolución con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la Fiduciaria la Previsora S.A en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 253 a 262 del cuaderno digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó: la existencia de los contratos de prestación de servicios del 28 de mayo al 30 de junio de 2012, del 02 de julio hasta el 31 de agosto de 2012, la prórroga del 01 hasta el

31 de diciembre de 2013 y del 21 de enero hasta el 31 de mayo de 2015, las cuentas de cobro que debía presentar la actora para su respectivo pago, el no reconocimiento y pago de las acreencias laborales a la terminación del contrato, los aportes realizados cada mes por parte de la actora, el tiempo en el cual no contrató a la demandante, la reclamación administrativa hecha el 15 de marzo de 2016, las expediciones de las Resoluciones N° AL-00433 del 19 de abril de 2016, N° AL-07113 del 08 de agosto de 2016, y la N° AL-16329 de 2017, y los demás relacionados con la supresión y liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, sobre los restantes manifestó que no son ciertos y no le consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y pago, buena fe, prescripción.

Por auto del 19 de julio de 2019, se ordenó vincular al proceso a vincular la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Salud y Protección Social, como posibles responsables de las obligaciones a cargo del PAR Caprecom liquidado al finalizar el contrato de fiducia mercantil con Fiduprevisora S.A.

Notificado el Ministerio de Salud y Protección Social, en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación en escrito incorporado a folios 283 a 300 del expediente digitalizado oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó únicamente los relacionados con la expedición del decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 en la que se decretó la supresión y liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom, sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, el Ministerio de Salud y Protección Social no es sucesor procesal de Caprecom EPS liquidada, prescripción, inexistencia del contrato realidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la solidaridad entre Caprecom y el ministerio de salud y protección social y excepción innominada.

A su turno el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libero en escrito visto a folios 304 a 310 del expediente digitalizado en el que se opuso a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó únicamente la expedición del decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015 en la que se decretó la supresión y liquidación de Caprecom EICE, sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación laboral con el ministerio de hacienda, inexistencia de

solidaridad o de vínculo entre la demandante y el ministerio de hacienda y crédito público y excepción genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 317) en la que declara la absolución de la Fiduprevisora S.A. como vocera y representante del PARA CAPRECOM Liquidado y las vinculadas a juicio La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y La Nación-Ministerio de Salud y Protección Social, de todas y cada una de las condenas invocadas en su contra por la señora Elizabeth Sanabria Amado y la condenó en costas.

CONSIDERACIONES

NEXO LABORAL

Conforme se infiere del texto demandatorio, el accionante aduce que los servicios prestados a Caprecom EICE en Liquidación fueron en ejecución de un contrato de trabajo, mientras la demandada invoca que los mismos fueron realizados en cumplimiento de varios contratos de prestación de servicios suscritos bajo la modalidad de la ley 80 de 1993, por lo tanto, no genera pago de prestaciones sociales de ninguna índole.

Así, según el artículo 2º del decreto 2127 de 1945 para que haya contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) **La actividad personal del trabajador**, es decir, la realizada por sí mismo como su nombre lo indica, este primer elemento implica la prestación personal del oficio a que el empleado se ve obligado, sin concurrencia de otra persona y sin que el titular de la relación pueda ser sustituido por otro sujeto.*
- b) **La dependencia del trabajador respecto del patrono**, que otorga a este la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento. En resumen puede decirse válidamente que el elemento subordinación, objeto de este comentario, es donde radica la verdadera diferencia entre el contrato de trabajo y cualquier otro contrato.*
- c) **Un salario**.- Como retribución del servicio, es el tercer elemento de la relación de trabajo.*

Es así, como se debe aceptar que para la existencia válida de una relación laboral contractual es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no

ser así indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestra normatividad laboral. Ahora bien, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, señala que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien los recibe y lo aprovecha, correspondiéndole a este último destruir dicha presunción. Por lo tanto, basta con que se demuestre la prestación personal del servicio para concluir, por presunción legal, que la relación es subordinada.

Por su parte, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, define como contrato de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Impone la ley para estos contratos una duración "estrictamente indispensable", lo que conlleva a que no se pueden prorrogar indefinidamente o por un lapso que haga perder su finalidad, por ser una forma de contratación excepcional, porque de lo contrario se debe acudir a las modalidades de contratación normales, vinculación por situación legal y reglamentaria o vinculación contractual. También constituye característica de este contrato, la independencia o autonomía desde el punto de vista técnico y científico, lo que supone cierta discrecionalidad, pero de todas formas sujeto a las cláusulas pactadas.

Por lo anterior, corresponde establecer si los servicios que prestó la demandante a la accionada entre el 21 de enero de 2015 y el 31 de enero de enero de 2016, como lo pretende la promotora estuvieron regidos mediante contrato de trabajo o si por el contrario lo fue a través de contratos de prestación de servicios como lo arguye la accionada. Así tenemos que a folios 65 a 71 del plenario se allegaron certificaciones suscritas por la jefe del departamento de archivo y control administrativo de la división de contratos y licitaciones de la subdirección jurídica de Caprecom, en los que hace contar que la demandante entre otros suscribió orden de prestación de servicios ON01-0242-2015 de 21 de enero de 2015 como tecnóloga para el apoyo a le gestión en la división de tesorería el cual se extendió hasta el 31 de mayo de 2015, con obligaciones específicas de recepción, validación y observación de planillas remitidas por las territoriales a cargo, desarrollo del procedimiento de pagos, subir banco de pagos efectuados en el sistema que fueron validados previamente, revisar y realizar la afectación presupuestal; descargar comprobantes de reconocimientos y pagos, así como enviar los soportes a las entidades territoriales, desarrollar tareas de líder en tesorería, apoyar a las demás tareas de gestión de tesorería y la depuración y conciliación de cuentas bancarias dela entidad. Sin solución de continuidad suscribió la orden ON01-0412-2015 del 1° de junio de 2015 a 31 de enero de 2016 cuyo objeto

fue la prestación de servicios profesionales para el apoyo a gestión de depuración contable con obligaciones específicas de analizar y depurar las cuentas que registran giros sin situación de fondos, incluyendo informe, remitir a cada regional los saldos pendientes por legalizar correspondientes a giros para su depuración y gestionar la aplicación de proceso de depuración de giros, verificar los registros de giros, verificar los registros por territorial en el sistema financiero SEVEN, generar reporte mensual sobre el proceso de depuración y dar recomendaciones sobre el mismo, suministrar la información que requiera el supervisor del contrato y otras funciones que se requieran en el proceso de depuración contable. A folios 82 y siguientes se allegaron los contrato de prestación de servicios, cuentas de cobro mensual y certificaciones de afiliación y pago de aportes realizados a las entidades de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos profesionales, informes parciales de supervisión, informes de ejecución de actividades.

Se escuchó la declaración de Doris Amparo Rodríguez Dimas, quien manifestó que conoce a demandante desde hace aproximadamente como 10 o 15 años, fue su compañera y también fue jefe de ella en Caprecom, cuando estuvo encargada de la tesorería, realizaba pagos, también estuvo en la parte de cuentas, contabilidad y fue jefes en 2012 y 2013 y posteriormente hasta mayo de 2015, cuando se retiró de la entidad, que ella se desempeñaba excelentemente y además ejercía las funciones como si fuera una funcionaria de planta, cumplía un horario de trabajo, funciones de giros a las territoriales de Caprecom a nivel nacional, se encargaba de verificar saldos, recibía planillas, planillas que enviaban las territoriales, las montaba en el sistema y se las pasaba a la testigo para el respectivo giro, era una de las principales funciones; que le daba instrucciones para que estuviera muy pendiente, que no fuera, que revisara bien, que verificara los datos de las personas que venían relacionadas que eran proveedores a Caprecom, revisara su identificación, cuenta bancaria, para que no se ocasionaran los rechazos en los giros; que su jornada de trabajo era igual al personal de planta de con hora de entrada a las 8 am a las 4:45p.m. , pero si no alcanzaba a terminar su trabajo o algo, se quedaba hasta tarde de la noche, había veces que por ejemplo en diciembre porque hay mayor giro por final de año, por ejecutar un presupuesto, entonces ella se quedaban hasta tarde, ella me refiero, hablemos de ella, porque estoy hablando es de Elizabeth, se quedaba hasta tarde, sin importarle cumplir un horario, si había necesidad de quedarse, ella era muy colaboradora y se quedaba; que a la declarante en calidad de jefe, si había alguna necesidad de salir, hacer algunas vuelta, ella le comentaban a personalmente, y ella se los otorgaba si ninguna objeción porque personas responsables como Elizabeth, muy pocas; que sabe y le consta que posteriormente paso al área de contabilidad y la labor era conciliar con títulos bancarios cumpliendo el mismo horario al asignado a los funcionarios de planta;

así mismo afirma que los servicios siempre fueron prestados en las instalaciones de la entidad y con elementos suministrados por la misma.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas atendiendo los artículos 60 y 61 del CPT y SS , concluye la sala, en primer término, la presunción de existencia del contrato de trabajo, y en segundo término, que la entidad demandada no desvirtuó la presunción de que los servicios fueron ejecutados bajo un contrato de trabajo, por el contrario, conforme a la documental aportada al instructivo, así como la prueba testimonial recaudada, se obtiene que la demandante no ejercía su labor de manera independiente, pues además de recibir órdenes y cumplir con las labores que eran asignadas debía cumplir con un horario, ejecutaba sus labores en forma personal al igual que el personal de planta de la entidad, para ausentarse de su lugar de trabajo debía solicitar el respectivo permiso, sus funciones eran desarrolladas con elementos que la propia demandada le suministraba, en las instalaciones de la encartada.

Es cierto, de otra parte, que obra en el instructivo tanto las órdenes de prestación de servicios como los contratos suscritos por las partes, pero los mismos se desvanecieron frente a la realidad de los hechos ocurridos y demostrados en juicio, no surtiendo los efectos requeridos para desvirtuar el nexo laboral invocado en la demanda y que fueron el fundamento de la defensa de la accionada, dado que nos encontramos frente a una típica relación laboral, tal como lo enseña el principio que el contrato de trabajo es un contrato realidad o de primacía de la realidad sobre las formalidad, ampliamente reconocido en la doctrina y la jurisprudencia y que en 1991 se constitucionalizó (art. 53), y por la naturaleza y finalidades que implica los contratos administrativos de prestación de servicios.

Al respecto se tiene que la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 11 de diciembre de 1997, señaló:

“ No es materia de discusión que entre los contratos que la ley califica como administrativos que puedan celebrar las entidades oficiales se encuentre el de prestación de servicios; pero el hecho de hallarse consagrado legalmente este contrato, no se deriva la facultad de utilizarlo cuando se trate de relaciones laborales, puesto que en todos los casos en que los servicios personales al estado o a una entidad descentralizada, o en que la participación directa o indirecta de aquél sobrepasa los porcentajes indicados en la misma ley, son prestados por un ser humano de manera subordinada, se está, sin discusión posible ante una relación de trabajo gobernada por una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de trabajo...”

Por otra parte, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997 de fecha 19 de marzo de 1997, al estudiar la constitucionalidad del artículo 32

de la ley 80 de 1993, en lo que hace a los contratos de prestación de servicios, expuso:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos...

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”

Era por tanto carga probatoria que le incumbía a la demandada demostrar que su vinculación con la demandante lo fue mediante contrato de prestación de servicios, evento que no tuvo ocurrencia en el sub-lite, toda vez, que las pruebas allegadas a juicio determinaron la existencia de dos contratos de trabajo independientes, el primero que tuvo vigencia entre el 21 de enero y el 31 de mayo de 2021 en que se desempeñó como tecnóloga en el área de tesorería de Caprecom, cuya remuneración mensual ascendía a \$1.861.596,00; y un segundo contrato de trabajo realidad vigente entre el 1° de junio de 2015 al 31 de enero de 2016 en el que se desempeñó como profesional para el apoyo de gestión contables en el área de contabilidad, con un salario final de \$2.604.603.00, lo que se declarará.

DE LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS CONVENCIONALES

Al haberse determinado la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes contendientes, es preciso señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 4° en concordancia con el artículo 1° de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Previsión de la Comunicaciones y Sintracaprecom, anexa en cd (fl 248), la cual fue incorporada con las formalidades legales, se tiene que la demandante es beneficiaria de los acuerdos convencionales, en razón a que allí se señala que son beneficiarios los trabajadores oficiales vinculados a Caprecom, precisándose expresamente que el sindicato suscriptor del acuerdo convencional actúa como sindicato mayoritario. Norma vigente en las voces del artículo 478 del CST, en tanto que no aparece otro estatuto convencional donde se disponga la modificación o derogatoria de los derechos allí descritos.

Establecido lo anterior procede la Sala a hacer un estudio de las acreencias laborales reclamadas calculando las mismas por cada uno de los contrato de trabajo establecido para establecer el monto total a cargo de la demandada, así

CESANTIAS

*De conformidad con lo dispuesto en la Ley 6a de 1945, Decreto 1160 de 1947 artículo 6, Decreto 3118 de 1968, Ley 344 de 1996, procede la sala al estudio de esta pretensión en atención a los extremos señalados precedentemente, y una vez realizadas las operaciones aritméticas se obtiene un valor total de **\$2.408.645,00.***

COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES

Como el actor no disfrutó de vacaciones durante la ejecución del contrato de trabajo, su compensación en dinero asciende a \$1.204322,00, (decreto 3135 de 1968).

PRIMA CONVENCIONAL DE JUNIO

De conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la convención colectiva de trabajo (fl 63) "CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores, quince (15) días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de junio, los cuales no constituyen factor salarial" y una vez realizadas las operaciones aritméticas se obtiene un valor total de \$1.106.343,00.

PRIMA CONVENCIONAL DE NAVIDAD

Conforme lo previsto en el artículo 50 de la convención colectiva de trabajo (fl 63) "CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores, quince (15) días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de junio, los cuales no constituyen factor salarial" y una vez realizadas las operaciones aritméticas se obtiene un valor total de \$1.302.301,00 .

PRIMA DE VACACIONES

Establece el artículo 52 de la convención colectiva de trabajo (fl 63 vuelto) "Caprecom reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales lo establecido en la Ley" luego de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del decreto 1045 de 1978, la promotora tiene derecho al reconocimiento y realizadas las operaciones aritméticas asciende a la suma \$1.204322,00

AUXILIO DE TRANSPORTE

Señala la demanda en la alzada que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del auxilio de transporte, dispuesto por el a quo en razón a que la norma convencional remite a lo dispuesto legalmente por el gobierno nacional y teniendo en cuenta la remuneración recibida por ésta, no se cumplen los presupuestos para concederlo.

Así, tenemos que el artículo 47 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom (fl. 63), señala:

“CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el Auxilio de Transporte que Decreta el Gobierno Nacional. Además continuará prestando el servicio de rutas de buses”.

Del examen al texto de la normativa transcrita, es clara, por lo que no resulta razonable la inferencia de la recurrente, teniendo en cuenta que allí se estipuló sin distinción alguna que dicho auxilio sería otorgado a todos sus servidores públicos conforme a lo decretado por el Gobierno Nacional, sin que se advierta que para su reconocimiento se deba cumplir con los requisitos que lo crearon (Ley 15 de 1959, reglamentada por el Decreto 1258 del mismo año), por el contrario, resulta plausible para la sala que de ese beneficio gozaban todos los trabajadores de la liquidada Caprecom. Por lo que no es dable acudir a consultar su espíritu para desatender su tenor literal, dado su expresividad y refulgencia.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Insiste la parte demandada que la terminación del contrato que unió a las partes se produjo con el vencimiento del plazo pactado, por lo que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto.

*Pues bien, como es de tenerse en cuenta el Decreto 2127 de 1945, art. 48 y 49, consagra las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, y, como quiera que en el caso que nos ocupa no fue invocada ni demostrada la justa causa por parte del patrono, para dar por terminado el contrato laboral que existió entre los litigantes, razón por lo cual, habrá lugar a condenar a la demandada al pago de la indemnización en los términos previstos del art. 51 Ibidem, que consagra la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, consiste en el pago de salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Indemnización que está en concordancia, con lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 6ª de 1945, no ser posible la contratación a término indefinido sino de seis meses en seis, lo que una vez efectuadas las operaciones aritméticas le corresponde pagar a la demandada la suma de **\$10.418.412,00**, teniendo en cuenta que la fecha de inicio del último contrato fue el 1º de junio de 2015 le fue terminado el vínculo el 31 de enero de 2016, luego le faltaban 4 meses para la finalización del plazo presuntivo.*

PRIMA DE RETIRO

El artículo 58 de convención colectiva de trabajo allegada con las formalidades legales a folio 63 vuelto del instructivo señala: “CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos, el equivalente a dos (2) meses de salario”

Así, de la anterior transcripción se observa que, la norma convencional no establece ningún requisito a los trabajadores de Caprecom para ser merecedores de dicha prima diferente a su retiro, la cual en sentir de la sala puede ser cualquiera de las formas o modos de terminación del contrato y sin importar el tiempo de vinculación a la entidad. Entonces sin lugar a más elucubraciones, teniendo en cuenta que el demandante fue retirado del servicio por parte de la demandada el a partir del 31 de enero de 2016, y en razón a que no se encuentra del instructivo demostrado que la demandada hubiese efectuado el reconocimiento y pago por el concepto referido, se establece que le corresponde la suma de \$5.209.206,00 ha se ser conformada la decisión del a quo.

PAGO DE LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y A RIESGOS PROFESIONALES Y DEVOLUCIÓN DE LOS EFECTUADOS POR LA DEMANDANTE

Conforme lo previsto en el artículo 15 de la ley 100 de 1993 son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones entre otros, todas aquellas personas que se encuentren vinculadas mediante contrato de trabajo.

El artículo 22 de La Ley 100 de 1993 señala:

“Obligaciones del empleador. *El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará esa sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad de los aportes aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Entonces, dentro del plenario se tiene que la demandada efectivamente no afilió al demandante al sistema de seguridad social integral para cubrir los riesgos de salud, pensión y riesgos profesionales; sino que por el contrario es un hecho cierto que conforme la vinculación contractual que unió a las partes y las documentales relacionadas a folios 65 a 247, las cotizaciones fueron cubiertas en su totalidad por la demandante durante la vigencia de los contratos de trabajo con Caprecom, así, para pensiones a Porvenir S.A.; salud a Nueva EPS y en riesgos profesionales para Positiva Compañía de Seguros. A su vez es un hecho incuestionable que correspondía a dicha entidad, como empleador, efectuar el pago de una cuota parte de dichas cotizaciones teniendo en cuenta el salario reportado en ellas a los entes de seguridad social. Razón por la cual resulta imperativo condenar a la demandada a reembolsar a la demandante de la cuota parte que le correspondía por los aportes realizados por la demandante para salud, pensiones y riesgos profesionales: Precizando que no se trata de una fallo en abstracto, atendiendo que se conoce el monto del salario

devengado por el promotor de la litis y el porcentaje fijado por la ley a cargo de la empleadora, ya que no figuran todas las cuentas de cobro.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El artículo 1o. del decreto 797 de 1949, cuyo texto ha sido asimilado, en su alcance, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al contenido del artículo 65 del CS del T, esto es, que sí dentro de los noventa días siguientes a la terminación de un contrato de trabajo la administración no cancela los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeude al trabajador o no hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, se sancionará con un día de salario por cada día de retardo en el pago de estos haberes sociales, para lo cual se tendrá en cuenta los motivos aducidos por la entidad oficial que la ha llevado a la mora a efectos de exonerarla, cuando sean razonables y se acredite de esta manera que ha actuado de buena fe.

Para el caso bajo análisis se tiene que la entidad accionada desde la contestación de la demanda y a lo largo del juicio negó el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas, alegando en su favor que la prestación de los servicios con la demandante nunca lo fue mediante contrato de trabajo, circunstancia ésta que, en innumerables decisiones en caso similares al que aquí se debate, se ha declarado la existencia de contrato realidad; a pesar de ello, la entidad demandada persiste en manifestar que las vinculaciones se produjeron mediante contratos de prestación de servicios regidos por la ley 80 de 1993, con el prurito de negar los derechos laborales, por lo que no se puede predicar buena fe en el no pago de prestaciones sociales, cuando se infringe la ley laboral, como sucede en este caso en particular, donde no queda duda que la relación que unió a las partes se desarrolló desde un principio con la subordinación jurídica específica propia de un contrato de trabajo, en los términos de los artículos 1° de la Ley 6ª de 1945 y 1° del Decreto 2127 de igual año, más aún cuando se le dio el trato de trabajador de planta de la entidad. Así, no son atendibles las razones esbozadas por la demandada para endilgar a su comportamiento buena fe, razón por la cual hay lugar imponerse condena a la indemnización moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 36506 del 23 de febrero de 2010, expresó:

“...Bajo esta perspectiva, los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a reiterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.

De ahí que, mirando en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine, es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la del analizado servidor, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor del trabajador demandante, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora.”

Ahora, en cuanto a la fecha a partir de la cual se debe reconocer la indemnización otorgada, señalando que el término de 90 días que tiene la entidad para reconocer y paga salarios, prestaciones e indemnizaciones se debe contabilizar por días, hábiles. Y si sobre el particular se tiene que de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, “en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario”; y es que en verdad sólo la entidad puede cumplir sus obligaciones en los días laborales, incluidas las derivadas de los contratos de trabajo, por lo que al contabilizar desde la terminación del contrato, el periodo de gracia con que contaba la entidad para el reconocimiento y pago de las acreencias dispuestas por las prestaciones sociales adeudadas previsto en el artículo 1° del decreto ley 797 de 1949, se obtiene que la sanción moratoria opera a partir del 13 de junio de 2016, en la suma diaria de \$86.820,10, hasta el día en que se realice el pago de las prestaciones e indemnizaciones ordenadas, así se decidirá.

INDEXACIÓN

Teniendo en cuenta que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor y en razón a que se ordenó el reconocimiento y pago las sumas por la cuales no procede el reconocimiento y pago de indemnización moratoria, resulta procedente la aplicación de la indexación sobre dichas , sumas y así se decidirá

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sobre el particular la sala advierte que en materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado plenamente en el artículo 151 del CPT y SS en consonancia con lo previsto en los artículos 488 y 489 del CST, al establecer que las acciones, por regla general, correspondientes a los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por una única vez cuando se presenta la correspondiente

reclamación al empleador. Así mismo es de precisar que, que tal reclamo “escrito, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada” por ejemplo, “como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios”. Pues “carecen de eficacia para interrumpir la prescripción” ya que “no permiten conocer, de manera concreta y determinada, el derecho pretendido”. Así lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1º de febrero de 2011, con Rad. No 30.437.

Entonces, es palmario para Sala que como los contratos de trabajo realidad declarados se extendieron entre el 21 de enero de 2015 y el 31 de enero de 2016; el demandante presentó reclamación administrativa el 21 de enero de 2017 y radicó la demanda el 5 de octubre de 2018, como extracta con el acta de reparto vista a folio 250 del expediente digitalizado, es decir dentro de los tres años siguientes, no opero el fenómeno prescriptivo respecto de ninguno de los derechos laborales ordenado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Revocar la sentencia consultada, para en su lugar declarar que en entre la demandante y Caprecom EICE en liquidación existió dos contratos de trabajo, así: el primero que tuvo vigencia entre el 21 de enero y el 31 de mayo de 2021 en que se desempeñó como tecnóloga en el área de tesorería de Caprecom, cuya remuneración mensual ascendía a \$1.861.596,00; y un segundo contrato de trabajo realidad vigente entre el 1º de junio de 2015 al 31 de enero de 2016 en el que se desempeñó como profesional para el apoyo de gestión contables en el área de contabilidad, con un salario final de \$2.604.603,00 Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

Segundo.- *Condenar a Fiduciaria la Previsora S.A. Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom liquidado a reconocer y pagar la señora Elizabeth Sanabria Amado, las sumas de dinero por los conceptos que se relacionan a continuación:*

1. *Por cesantías la suma de \$2.408.645,00.*
2. *Por compensación de vacaciones \$1.204322,00*
3. *Por prima convencional de junio \$1.106.343,00.*
4. *Por prima convencional de navidad \$1.302.301,00*
5. *Por prima de vacaciones convencional \$1.204322,00*
6. *Por indemnización por despido injusto \$10.418.412,00*
7. *Por prima de retiro convencional \$5.209.206,00*
8. *A reembolsar al demandante el valor de la cuota parte que le correspondía por los aportes realizados por el demandante al sistema de*

seguridad social en salud, atendiendo que se conoce el monto del salario devengado por el promotor de la litis y el porcentaje fijado por la ley.

9. Al pago de la suma diaria de **\$86.820,10**, desde el 13 de junio 2016 hasta el día en que se realice el pago de las prestaciones e indemnizaciones ordenadas, conforme al artículo 1° de la Ley 797 de 1949.

10. La indexación de las sumas adeudadas sobre las cuales no opera la indemnización la indemnización moratoria.

Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Tercero.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Cuarto. Sin costas en este grado jurisdiccional.

Las partes quedan notificadas en estrados.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERIBERTO RESTREPO NARANJO CONTRA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. - E.T.B. S.A. ESP Y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, el Magistrado Sustanciador la declara abierta, junto con los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de decisión.

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 31 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Heriberto Restrepo Naranjo, por medio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP,

E.T.B. S.A. ESP y Positiva Compañía de Seguros S.A., para que se declare que no pueden efectuar el descuento del 4% a aporte jubilados con código 2202, que le vienen realizando de su pensión desde el 15 de diciembre de 1997. En consecuencia se condene a las demandadas a reintegrar en su favor lo descontado por dicho concepto desde la fecha del reconocimiento de su pensión hasta la fecha, debidamente indexados; el pago de costas y agencias en derecho y a todo lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Fundamentó las anteriores súplicas en los hechos relacionados a folios 3 y 4 en los que en síntesis expresó que: laboró al servicio de la ETB S.A. ESP, durante más de 20 años, que la empresa a través de resoluciones No. 11314, 11338 y 11388 del 2, 5 y 31 de octubre de 1997, respectivamente estableció los requisitos y condiciones para el plan de pensión anticipada y como consecuencia de ello a través de acta de conciliación celebrada el 5 de diciembre de 1997 ante la Inspección 16 de Trabajo de esta ciudad, se acordó la terminación del vínculo laboral y el reconocimiento de pensión anticipada de jubilación no convencional, lo cual quedó plasmado en la resolución No. 0861 del 14 de abril de 1998 por medio de la cual le fue reconocida la prestación, a partir del 15 de diciembre de 1997, habilitando la edad y tiempo de servicios y supeditada al reconocimiento de la pensión legal de vejez a cargo del ISS hoy Colpensiones; que desde el momento del reconocimiento pensional, se le ha venido descontando el 4% como aporte jubilados, adicional a otros descuentos, por concepto de fondo de prestaciones salud, 4%; que desde el 17 de septiembre de 2013, la ETB subrogó las obligaciones pensionales a Positiva S.A.; que el 28 de agosto de 2013 solicitó a la ETB S.A. ESP la devolución de lo descontado y ésta respondió en forma, en oficio del 17 de abril de 2015. Finalmente indica que nunca suscribió autorización de los descuentos de marras.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por ETB S.A. ESP en forma oportuna y dentro del término legal en escrito obrante a folios 167 a 178, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos admitió los relacionados con la vinculación laboral del demandante, la suscripción del acta de conciliación mencionada, así como el reconocimiento de la pensión anticipada, la cual menciona que está ligada a la pensión convencional, la subrogación pensional Positiva Compañía de

Seguros, así como los descuentos del 4% pensionados con destino al Fondo de Prestaciones, señalando que con ello se están otorgando los beneficios convencionales, de salud, educación, y recreación entre otros, ya que mismo no fue creado para cubrir derechos pensionales, frente a los demás dijo no ser ciertos. Propuso las excepciones de: cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, ausencia de causa, legalidad, equidad y razón de ser justificada del aporte del 4% pensionados, prescripción, y la genérica

A su turno Positiva Compañía de Seguros S.A. a través de escrito incorporado a folios 145 a 154, dio contestación el legal forma y en término; en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos dijo no constarle y no ser ciertos, indicando que los descuentos mencionados tienen plena validez conforme lo ordenado en el artículo 4 de la ley 4 de 1976. Como medios de defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, enriquecimiento sin causa, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, indemnidad, compensación y la genérica o innominada

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (medio magnético, folio 213), en la que condenó a la ETB S.A. ESP y a y a Positiva Compañía de seguros S.A. a abstenerse de practicar el descuento del 4% sobre la mesada pensional del demandante a partir del 31 de agosto de 2021, y condenó en costas a la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las partes la recurrieron en apelación. El demandante conforme a los argumentos contenidos en cd de folio 213, min 58:06, los que se concretan en reiterar la solicitud de devolución los descuentos del 4% pensionados, con fundamento en que dentro del proceso

se encuentra probado que se vienen realizando desde el mismo momento en que fue pensionado y teniendo en cuenta los beneficios obtenidos por quienes fueron sus beneficiarios en salud, salud y recreación, es mayor el monto de lo obtenido por aportes la ETB S.A ESP y teniendo en cuenta que los descuentos son ilegales, pide que se ordene la devolución de los dineros solicitados.

Por su parte la demandada ETB S.A ESP en su recurso insiste que no resulta viable la orden de suspensión de los descuentos que viene realizando la entidad por aporte del 4% jubilados, por considerar que de acuerdo con la solicitud presentada se extrae que el actor nunca manifestó su inconformidad con los beneficios que estaba recibiendo del fondo, para el que está dirigido los mismos, si bien solicita la devolución de los aportes, el principio de autonomía de la voluntad que refleja en la petición de suspensión jamás podría considerarse como una renuncia de dichos beneficios, tan es así que él ha hecho uso de ellos a través de sus familiares y a no existir renuncia de beneficios por parte del pensionado, tampoco ha lugar a la suspensión de los mismos ya que éstos son de carácter legal y se encuentran vigentes, y que si el pensionado renuncia expresa y de manera definitiva a cualquier beneficio, se puede suspender el descuento, pero hacia el futuro y sin realizar devoluciones, lo cual no ha ocurrido, por lo que solicita se revoque la sentencia en cuando ordena la suspensión de los descuentos de desde la fecha de la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones a mi representada.

De igual manera el representante de Positiva Compañía de Seguros S.A., pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de las pretensiones, teniendo en cuenta que los aportes del 4% pensionados, don de carácter legal y se encuentran debidamente justificados dentro del marco de regulación conforme el artículo 7 de la Ley 4 de 1976, en el marco de beneficios prestados por el Fondo de Prestaciones de la ETB al que está afiliado el demandante y los ha obtenido junto con su familiares, como lo reconoce el promotor, beneficios que son de carácter extralegal.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el demandante y la ETB S.A ESP reiteraron los motivos de inconformidad planteados en el recurso de alzada.

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

APORTE 4% JUBILADOS.

No es motivo de controversia dentro del proceso, que el señor Heriberto Restrepo Naranjo se encuentra pensionado por parte de la ETB S.A ESP, conforme se constata con resolución 0871 del 14 de abril de 1998, donde consta el reconocimiento pensional a partir del 15 de diciembre de 1997 (fls 33 a 36, en cumplimiento de lo pactado en acta de conciliación llevada a cabo ante la Inspección 16 de Trabajo de esta ciudad, mediante la cual el demandante y la ETB llegaron al acuerdo de terminación del vínculo laboral que los ató, acogándose el actor al plan de pensión anticipada.

Pretende el actor, se condene a las empresas demandadas, a la suspensión inmediata del descuento que se ha realizado mensualmente, en el pago de la mesada pensional, con el código 2202 aporte 4% jubilados y que, en consecuencia, se le devuelvan los dineros deducidos.

Las demandadas se oponen a estos pedimentos, con base en que el aporte realizado tiene sustento jurídico, fáctico e histórico, según el reglamento interno, las convenciones colectiva y la ley, y que el dinero se dirige al fondo de prestaciones, con en el que se financian servicios y prestaciones extralegales, que ha disfrutado el actor y su familia. Agregan, que si el pensionado renuncia expresa y de manera definitiva a cualquier beneficio, se puede suspender el descuento, pero hacia el futuro y sin realizar devoluciones.

Para resolver el punto, el despacho encuentra, contrario a lo referido el demandante, que el descuento con destino al fondo de prestaciones, que actualmente está en el 4%, se encuentra consagrado desde el Reglamento de Trabajo e Higiene de 1949, el cual establece:

“...Artículo 53: El Fondo de Prestaciones de la Empresa de Teléfonos de Bogotá está establecido con el fin de crear una reserva destinada exclusivamente a atender las prestaciones sociales siguientes: servicio médico; servicio odontológico; recompensas de retiro; recompensas de servicios; jubilaciones; auxilios para gastos de entierro, y otras que pueden establecerse...”

Artículo 54 - El Fondo de Prestaciones Sociales estará formado de la manera siguiente:

- a) - Aporte de la Empresa: seis por ciento (6%) de los productos brutos;*
- b) - Aporte del personal de la Empresa: tres por ciento (3%) de los sueldos de los empleados que excedan de doscientos pesos (\$200,00) mensuales; dos por ciento (2%) de los sueldos de los empleados que excedan de treinta pesos (\$30,00) mensuales; y uno por ciento (1%) de los sueldos de los empleados menores de treinta pesos (\$30.00) mensuales;*
- c) - Dos por ciento (2%) de los jornales de los obreros, cuando computados mensualmente excedan de la suma de \$30.00 y uno por ciento (1%) de los jornales cuando no lleguen a esa cantidad.*
- d) - La mitad del primer mes de sueldo o de jornal; Este importe lo pagará el Empleado u obrero cuando se retire de la Empresa;...”*

Así mismo, en las convenciones colectivas, que contienen las respectivas constancias de depósito, aparece mencionado el tema del % que asumirían, tanto la empresa como los trabajadores, para la financiación del fondo de prestaciones sociales, tal como puede verse en la convención colectiva de 1972 y 1973, cláusula octava, folio 4, archivo convención 1972 a 1973, CD fl. 80, se dispuso:

“...La empresa aportará un dos por ciento (2%) más de sus productos brutos con destino al Fondo de Prestaciones Sociales, hasta completar un ocho por ciento (8%). Igualmente los trabajadores aportarán el uno por ciento (1%) más de su salario, con destino a este Fondo, para completar un aporte total del cuatro por ciento (4%)...”

En similar sentido, en la Convención Colectiva vigencia 1974 - 1975, cláusula octava se pactó, folio 5, archivo convención 1974 a 1975, CD fl. 155:

“...La empresa aportará un dos por ciento (2%) más de sus productos brutos con destino al Fondo de Prestaciones Sociales, hasta completar un ocho por ciento (8%). Igualmente los trabajadores aportarán el uno por ciento (1%) más de su salario, con destino a este Fondo, para completar un aporte total del cuatro por ciento (4%)...”

Lo anterior también puede verse en las recopilaciones de convenciones colectivas, de 1984 y 1994, las cuales en el capítulo IV, cláusula decima séptima y en la cláusula 14, respectivamente, refieren (fl. 160 y folio 22, archivo convención colectiva recopilación 1994 completa, CD folio 155:

“...La empresa aportará el ocho por ciento (8%) de sus productos brutos, con destino al Fondo para Prestaciones Sociales. Igualmente, los trabajadores aportarán el cuatro por ciento (4%) de su salario con destino a este fondo...”

También se encuentra sustento en lo dispuesto en la Ley 4 de 1976, artículo 7º, que fue subrogado por el artículo 163 Ley 100 de 1993, en cuanto a la cobertura familiar y este a su vez fue modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, en cuanto al mismo tema de cobertura familiar.

“Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios...”

De igual manera, obran las resoluciones Nos. 3873 del 30 de mayo de 1988 y 10477 del 15 de julio de 1996 en la cuales se reglamentó y financió la prestación de servicios médicos tanto a los familiares de los trabajadores activos como a los de los pensionados (cd fls. 186).

Conforme lo anterior, el descuento de 4% aplicado al demandante, tiene por objeto cubrir un porcentaje del financiamiento de beneficios extralegales, y en esa medida, el descuento es un pago voluntario para continuar gozando de las prebendas en educación, recreación y salud, razón por la cual, no hay

lugar a la devolución de los descuentos realizados de 4% al demandante, pues en el caso de marras no fue objeto de litigio el disfrute o no de los beneficios extralegales, lo que en todo caso no tendría incidencia por cuanto con el descuento la ETB debe garantizar la prestación de los servicios extralegales en comento, los que bien pudo disfrutar o por lo menos estuvo latente la disposición a ello en el pretérito.

Así las cosas, considera la Sala, que no ha sido arbitraria la decisión de la ETB S.A. E.S.P., al hacer el descuento, del 4% pensionados en tanto que brinda el servicio médico, de educación y recreación no solamente a los trabajadores activos, sino también a sus pensionados y sus familiares. Así las cosas, si el demandante se ha beneficiado de los servicios financiados con dineros del fondo de prestaciones, la consecuencia lógica de obtener beneficios y/o servicios extralegales que mejoran los establecidos en la ley.

Ahora bien, en lo atinente a la suspensión del descuento, se tiene que para la procedencia de dicha solicitud simplemente se requiere de la voluntad del demandante, quien goza de la libertad de renunciar a los beneficios extralegales quedando en consecuencia eximido del descuento del 4%, y en esa medida teniendo en cuenta que dicha voluntad se manifestó por el demandante con la reclamación presentada el 28 de agosto de 2013 (fol.38) es clara la procedencia de la suspensión del descuento, sin embargo como quiera que dicha solicitud fue negada en comunicación del 17 de abril de 2015 (fol. (fl 46 y 47), y atendiendo a que desde la data de la presentación de la reclamación por parte del demandante a la fecha de esta sentencia el actor continua gozando de las prebendas extra legales, por cuanto no se ha dispuesto la suspensión del descuento, considera la Sala que en efecto procede la suspensión a partir del descuento de 4% jubilados como acertadamente lo concluyó el a quo, reiterando que dicha decisión conlleva a la pérdida de los beneficios extralegales que en virtud del referido descuento gozaba el actor.

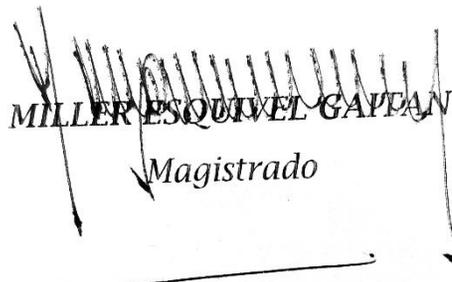
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala de Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada, por las razones referidas en la parte motiva de esta providencia.*

Segundo.- *Sin costas en esta instancia, dado el resultado de los recursos.*

Notifíquese en legal forma.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE KELLY YOHANA CUADROS CABALLERO CONTRA DISTRIBUIDORA ULTRALIGHT S.A.S. Y SOLIDARIAMENTE CONTRA CELIA ALEXANDRA NAJERA GIL.

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Kelly Yohana Cuadros Caballero, por medio de apoderada judicial, demandó a la Distribuidora Ultra light S.A.S. y de manera solidaria a Celia Alexandra Najera Gil, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a

término indefinido entre ella y la sociedad del 18 de febrero de 2018 al 22 de enero de 2020 el cual finalizó sin justa causa, en consecuencia, solicita se condene a la empresa y de manera solidaria a Najera Gil, a reconocer y pagar el salario causado entre el 16 y el 22 de enero de 2020, la prima de servicios del 1º al 20 de enero de 2020, las cesantías junto con sus intereses y las vacaciones de toda la relación laboral, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria, las cotizaciones en pensión, indexación de las condenas; lo ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 a 4 del expediente, en los que en síntesis indicó que: empezó a prestar servicios a favor de la sociedad demandada luego de que mediante contrato de trabajo verbal la señora Najera Gil, la contratara para ocupar el cargo de operaria, en el que cumplía el horario de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. y sábados de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., el reglamento establecido y las instrucciones impartidas; pese al horario determinado en oportunidades trabajó tiempo suplementario por lo que el horario era de 6:00 a.m. a 9:00 p.m. entre semana y los domingos y festivos de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. percibió como remuneración el smlmv. En vigencia del nexo laboral se le realizaron los descuentos con destino a EPS, pensión y ARL, empero en noviembre y diciembre de 2019, la EPS Famisanar le negó la prestación de los servicios por mora en el pago de aportes; se le afilió a un fondo de cesantías pero no se depositó el auxilio correspondiente a los años 2019 y 2020, tampoco se realizó el pago completo de las vacaciones causadas durante toda la relación laboral, la prima proporcional del 16 de diciembre de 2019 al 22 de enero de 2020, el salario causado del 16 al 22 de enero de 2020, sin que a la presentación de la demanda se cancelaran las acreencias, pese al requerimiento para ello a su ex empleadora. El 30 de enero de 2020 recibió la misiva para retirar las cesantías del año 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por las demandadas (C.D. fl 44). Oponiéndose a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda, respecto a los hechos se acepta la existencia del contrato verbal desde el 1º de abril de 2018, el cargo de operaria en horario

de lunes a sábados de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. desarrollando esporádicamente trabajo suplementario, siguiendo las instrucciones de la sociedad, y la retribución del smlmv. También aceptó los descuentos al sistema de seguridad social. Expresó que durante la vinculación se efectuó el pago de vacaciones y a la finalización del contrato de trabajo el valor proporcional de la prima de servicios, las cesantías y sus intereses, así como la indemnización por despido sin justa causa. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación, buena fe de la demandada, mala fe y temeridad “del demandante” y enriquecimiento sin justa causa.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 86), en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo del 1º de abril de 2018 al 22 de enero de 2020 entre Kelly Yohana Cuadros Caballero y la Distribuidora Ultralight S.A.S., el cual finalizó sin justa causa. Condenó a empresa a reconocer y pagar por concepto de indemnización moratoria, la suma de \$1.169.664,10. Declaró parcialmente probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa respecto de la Distribuidora Ultralight S.A.S., y no probadas las de compensación, buena fe y mala fe y temeridad del demandante. Absolvió de todas las pretensiones a Celia Alexandra Nájera Gil al encontrar acreditada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas. Condenó en costas a la actora, y a favor de Celia Alexandra Nájera Gil. Sin costas respecto de la empresa.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada la recurrió argumentando que la demandante conocía de la mala situación de la empresa como lo confesó, al indicar que la situación de la sociedad no era la mejor, por lo que se procuró cumplir con las obligaciones de las tres personas despedidas en su momento, y prueba de ello son todos los pagos presentados, de modo que existió buena fe patronal.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora solicitó se confirme la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la Sala a realizar el análisis del reparo efectuado por la parte demandada en la sustentación del recurso interpuesto.

NEXO LABORAL

No fue objeto de controversia que entre la demandante y la Distribuidora Ultralight S.A.S, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de abril de 2018 y el 22 de enero de 2020, desempeñando el cargo de operaria, percibiendo el smlmv, vinculación que finalizó sin mediar justa causa, hechos que se aceptaron desde la contestación de la demanda y se corroboran con los desprendibles de nómina (pdf 27 a 58 C.D. fl. 44), la liquidación definitiva de prestaciones sociales (pdf 59 C.D. fl. 44) y las planillas de pago de aportes (archivo 02. C.D. fl. 44).

INDEMNIZACIÓN MORATORIA - CRISIS FINANCIERA DEL EMPLEADOR

La parte demandada apela la decisión de primer grado indicando que su actuación estuvo revestida de buena fe y, por tanto, no hay lugar a imponer condena al pago la sanción moratoria.

Pues bien, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia,

indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Igual, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del C.S. del T), sino también por principio, porque, la buena fe, que aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del trabajo, no se limita a determinada obligación u obligaciones o al conjunto de las obligaciones que abarque a las dos partes.

Sobre el particular la activa en su interrogatorio dijo haberse comunicado con la empresa para solicitar el pago de la liquidación en razón a que luego de 40 días no se había realizado el pago. Así mismo, la testigo Catherine López, fue precisa al manifestar que, como encargada de nómina sabe que para la época del despido la empresa estaba en una mala situación, y que ello fue comunicado a la actora en el momento del despido. Puntualizó, que una vez ingresaban dineros a la empresa se iban pagando de manera aleatoria las liquidaciones pendientes.

En este orden, si bien, alega la parte recurrente que no pagó las prestaciones laborales a la terminación del vínculo laboral, toda vez que atravesaba por una crisis económica y financiera que le impidió cumplir con sus obligaciones, esa sola circunstancia no prueba la buena fe en su actuar, que lleve a la exoneración de la sanción en estudio, toda vez que ello es un riesgo que debe asumir el empleador y no el trabajador, puesto que el trabajador no asume las

consecuencias de los riesgos o pérdidas del empleador (art. 28 del CST). Al efecto, vale la pena traer a cuento lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado No. 37288 en la que recordó que:

“...la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria, en tanto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; quiebra del empresario que en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás. De tal modo, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)”

Así, como el extremo demandado no canceló los salarios y prestaciones sociales derivados del contrato de trabajo que se dio entre ellos a la terminación del contrato de trabajo, en total contravención de las normas del trabajo que regulan dicho vínculo contractual (arts. 59, 149 y 340 del CST), siendo clara su intención de evadir las obligaciones que le correspondían como empleadora, lo que no es indicativo de buena fe, por manera que no hay lugar a exonerarla de la indemnización moratoria. En ese entendido se confirmará la decisión objeto de alzada.

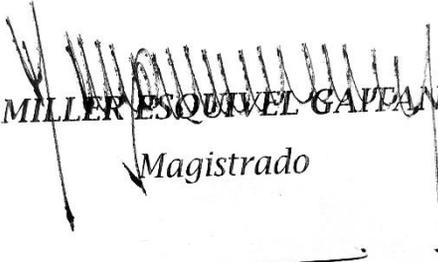
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

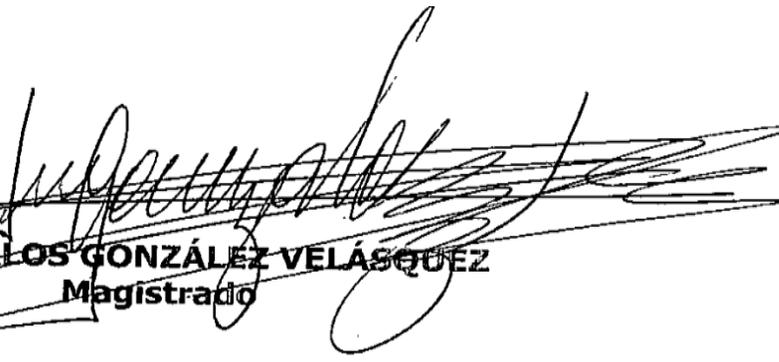
RESUELVE

Primero.-Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ZULIMA SILVA REINOSO, SANDRA MILENA ORJUELA GÓMEZ Y ANA CECILIA SUÁREZ PARRA CONTRA CTA MEDICA ESPECIALIZADA MEGACOOOP EN LIQUIDACIÓN Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA.

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta, junto con los demás integrantes de la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 9 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Zulima Silva Reinoso, Sandra Milena Orjuela Gómez y Ana Cecilia Suárez Parra, por medio de apoderado judicial, demandaron a Cooperativa de Trabajo Asociado Megacoop en liquidación y al E.S.E. Hospital Universitario la Samaritana, para que se les declare la existencia de un contrato de trabajo, a

término indefinido y su consecuente pago de aportes retenidos, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de la seguridad social, indemnización moratoria, indexación sobre las sumas adeudadas, lo probado conforme las facultades ultra y extra petita, junto con las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos que en síntesis expresan que: cada una de las demandantes se venían desempeñando como enfermeras en el Hospital San Rafael de Girardot, administrado por Caprecom hasta junio de 2012; la ESE Hospital Universitario de la Samaritana, asuma la operación del hospital de Girardot a partir del 20 de julio de 2012, imponiéndole sus vinculaciones con la CTA Médica Especializada Megacoop, con quien suscribió contratos civiles de prestación de servicios, como operador para el desarrollo de procesos empresariales especializados de la salud humana en la Unidad Funcional de Girardot y los puestos de salud dependientes de esa unidad la cual es administrada u operada por la ESE Hospital Universitario La Samaritana: Señalan que suscribieron convenio de asociación con Megacop para desempeñarse como enfermeras desde el 20 de julio de 2012, con salario de \$1.875.731,00 mensuales en el caso de Zulima Silva Reinoso y Ana Cecilia Suárez Parra, y desde el 16 de mayo de 2013 con Sandra Milena Orjuela Rojas, con salario de 2.681.445,00 mensuales; que la labor la ejecutaron cumpliendo horario de trabajo, las ordenes eran impuestas por las demandadas, con elementos suministrados por la ESE Hospital Universitario La Samaritana. Señalan que las CTA les cancelaba las compensaciones y los aportes a seguridad social con base en el salario mínimo legal mensual vigente, que la CTA Megacoop les hacía retenciones por concepto de aportes de asociadas; que para ausentarse debían solicitar permiso a los representantes de la CTA; que mediante comunicaciones de 29 de enero de 2016, les informaron la terminación del convenio de asociación a partir del 12 de febrero de 2016, respectivamente; pero no se presentó estado de pérdidas y ganancias de la cooperativa, no tenían capacidad de decisión; que el 14 de octubre de 2016 presentaron solicitud ante el ente cooperativo y a la ESE Hospital la Samaritana con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de reliquidación de acreencias laborales, obteniendo respuesta negativa de ellas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y una vez corrido el traslado de rigor, la demandada Cooperativa de Trabajo Asociado Médica Especializada en liquidación dio respuesta a través de escrito incorporado a folios 352 a 380 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas; frente a los hechos admite los relacionados con que las demandantes se vincularon con la cooperativa mediante contrato de asociación indicando que fue de manera libre y voluntaria conforme a los estatutos del ente cooperativo; le pago de compensaciones y los descuentos realizados por aportes sociales como asociadas, así como la suscripción de contratos civiles de prestación de servicios con la ESE Hospital Universitario La Samaritana de Girardot - Cundinamarca; y los relacionados con la reclamación presentados por las demandantes; frente a lo demás dijo no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: Inexistencia de relación de derecho laboral entre las partes del presente proceso, legalidad de los convenios de asociación, del trabajo asociado y de las relaciones de naturaliza cooperativa en nuestra legislación nacional y buena fe en las relaciones sociales.

Por su parte la E.S.E. Hospital Universitario La Samaritana, mediante escrito allegado a folios 286 a 308 dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos manifestó no ser ciertos y no constarle, teniendo en cuenta que la relación de las demandantes fue con la CTA, como trabajadoras asociadas y Megacoop quien tenía la autonomía administrativa frente a sus asociados; que son apreciaciones subjetivas del libelista y están dirigidos a la cooperativa y no hay lugar a responder por ellos. Propuso como excepciones las de inexistencia de solidaridad entre Megacoop y la ESE Hospital Universitario La Samaritana y cobro de lo no debido.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (grabación de audiencia incorporada en medio magnético cd fl 10 del cuaderno de tribunal) en la que dispuso absolver a las demandadas C, de todas las pretensiones incoadas por

las demandantes; declaró probada la excepción inexistencia de relación de derecho laboral entre las partes y condenó en costas a las promotoras

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante a través de su representante judicial la recurre en apelación, indicando que de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, prohíbe la intermediación laborar a través de las cooperativas de trabajo asociado y precooperativas, esta demostrado con las documentales aportadas que Megaccop no tenía vínculo de contratación con La Samaritana, más allá de un vínculo comercial por medio de ellos contratos referenciados la cual se centró en proveer la mano de obra y fuerza de trabajo de las demandantes lo cual configura las prohibiciones de las CTA para actuar como em presas de servicios temporales; por ello se invoca la solidaridad de las encartadas respecto de las pretensiones formuladas, por lo que pide se de primacía al derecho sustancial sobre las formalidades, con el fin de garantizar los derechos laborales de la actoras, resaltando que el beneficiado de la fuerza de trabajo fue el Hospital y que Megaccop se encuentra liquidada, así mismo que se encuentra demostrado que los aportes a seguridad social realizados por la cooperativa no fueron con el salario devengado.

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

NEXO LABORAL

Es preciso dejar sentado de entrada que la demanda se promovió para que se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre cada una las demandantes Zulima Silva Reinoso, Sandra Milena Orjuela Gómez y Ana Cecilia Suárez Parra y la Cooperativa Integral de Trabajo Asociado Médica Especializada Megacoop y solidariamente contra la Empresa Social del Estado Hospital Universitario La Samaritana.

Está debidamente probado y no constituye punto de controversia que las demandantes prestaron sus servicios personales a la ESE Hospital Universitario La Samaritana de Girardot Cundinamarca del, así: Zulima Silva Reinoso desde el 21 de julio de 2012 al 12 de febrero de 2016, Sandra

Milena Orjuela Gómez del 16 de mayo de 2013 al 12 de febrero de 2016 y Ana Cecilia Suárez Parra del 21 de julio 2012 al 12 de febrero de 2016 remitidas como trabajadoras en misión. Lo que disputa la recurrente es que hubo relación laboral, por cuanto, aunque la CTA pretenda hacerla ver cómo una trabajadora asociada, se dan los presupuestos para configurar la existencia de una relación laboral conforme al principio de primacía de la realidad.

Para dilucidar la inconformidad planteada, se debe revisar el marco normativo previsto por la ley 79 de 1988 y el decreto 4588 de 2006, que regulan lo concerniente a las cooperativas de trabajo asociado, por lo que a continuación se mencionan algunos aspectos característicos de estas organizaciones. Las cooperativas de trabajo asociado son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general (art. 4 de la ley). Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos (art. 5 ibídem).

En las cooperativas de trabajo asociado los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3o. de la Ley 79, se hará teniendo en

cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.

Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente.

*El objeto social de estas cooperativas es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con **autonomía, autodeterminación y autogobierno**, igualmente, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado deberá ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.*

Si dichos medios de producción y/o de labor son de propiedad de los asociados, la Cooperativa podrá convenir con éstos su aporte en especie, la venta, el arrendamiento o el comodato y, en caso de ser remunerado el uso de los mismos, tal remuneración será independiente de las compensaciones que perciban los asociados por su trabajo.

Si los medios de producción y/o de labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial. El trabajo asociado cooperativo es la actividad libre, autogestionaria, física, material o intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa. El trabajo asociado cooperativo se rige por sus propios estatutos; en consecuencia, no le es aplicable la legislación laboral ordinaria que regula el trabajo dependiente (arts. 5, 8 y del decreto). También es importante señalar que “Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para

suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que éstos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.” (art. 17 del decreto 4588), incompreensión que implica que el “trabajador cooperado” se entienda como trabajador dependiente de la persona natural o jurídica beneficiaria de los servicios por aquél prestados.

Expuestos los lineamientos previstos en la Ley 79 de 1988, encargada de regular al sector cooperativo, procede la revisión de los medios de prueba que militan en el proceso tales como: convenio de asociación suscrito por Zulima Silva Reinoso, Sandra Milena Orjuela Gómez y Ana Cecilia Suárez Parra, a Cooperativa de Trabajo Asociado Médica Especializada Megacoo (fls 640 a 642, 658 a 661 y 690 a 693, respectivamente); acta de constitución de la CTA (fls 381 a 383, régimen de trabajo asociado de Megacoop de la asamblea de 17 de marzo de 2004, (fls 385 a 399; régimen de previsión social y seguridad social del ente cooperativo (fls 400 a 409) N, estatutos de Megacop (fls 412 y ss, ; acta de asamblea extraordinaria de 28 de enero de 2013; solicitud de vinculación voluntaria como asociadas a la cooperativa suscritas por Zulima Silva Reinoso y Cecilia Suárez Parra (fls 516 y 517) carta con la cual la Cooperativa registra la novedad de ingreso a la ESE Hospital Universitario La Samaritana de Girardot para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería, copia del contratos de prestación de servicios para la realización de actividades de apoyo entre el citado hospital y la CTA suscritos entre julio de 2012 y marzo de 2016 y su respectiva acta de liquidación dejando constancia que la fecha de terminación del contrato arrimado es el 31 de marzo de 2016 (fls. 80 y ss); comprobantes de pagos de compensaciones y comunicaciones de retiro como asociadas de Megacoop (fls 625 y ss), y relaciones de turnos realizados por la demandantes en Hospital La Samaritana Unidad Funcional de Girardot y copia de la Ordenanza 072 del 27 de noviembre de 1995, por medio de la cual se transformó el Hospital Universitario La Samaritana en Empresa Social del Estado (fls 331 y ss).

Se recibieron además, el interrogatorio de parte de la representante legal de la CTA Médica Especializada Megacoop quien señaló que la entidad

contaba con algunos profesionales de la salud asociados, para iniciar la contratación con el Hospital de la samaritana, algunos, la mayoría médicos especialistas, algunos profesionales de la salud y algún personal técnico auxiliar, una vez se suscribió el contrato con el Hospital, se inició un proceso de selección de personal, conforma a lo establecido en los regímenes de seguridad social y de trabajo social de la cooperativa, para hacer el proceso de vinculación y de ejecución de las actividades para ese contrato; que para tal efecto se socializaron, los contratos anexados a demanda, que los asociados se les entregaba el régimen de compensación, régimen seguridad social, los estatutos de la cooperativa, el convenio de asociación con ellos, igual eran convocados a las asambleas ordinarias y extraordinarias que realizaba la cooperativa con el fin de socializar finalizando un periodo, el resultado de todas las operaciones que contrataba la cooperativa, igual tenía un consejo de administración, que eran representantes de la asamblea general, o sea de la totalidad de los trabajadores de la cooperativa, con los cuales se tomaban las decisiones administrativas, con relación a contratos y las actividades que se tienen que realizar y al finalizar cada periodo, lo que se hacía en forma general con la totalidad de los asociados, era convocarlos a las asambleas para que tuvieran la información relacionada con la ejecución de todas las actividades de la cooperativas, pero a ninguno para vincularlos se le explicaba o se le enseñara el contrato de las entidades con las que ejecutaban actividades; que los asociados tuvieron capacitaciones en economía solidaria, conforme lo exigido por los estatutos de la cooperativa y un requisito para ser asociados que tuvieran por lo menos el curso básico de cooperativismo, lo cual se cumplió con los asociado; en el caso de las demandantes fueron envidas a prestar su servicios al Hospital universitario la Samaritana, sede Girardot, teniendo en cuenta el convenio de asociación para la ejecución del contrato de prestación de servicios que suscrito esa entidad con la cooperativa; agrega que la cooperativa para convocar asamblea ordinaria o extraordinaria, la asamblea ordinaria siempre dentro de sus puntos que se desarrollan es la presentación y aprobación de los estados financieros del periodo anterior, para poder convocar asamblea conforme lo que dice la norma, era con 15 días hábiles de anticipación y se debía de anexar en esa convocatoria los estados financieros de cada periodo, por lo que s ele pudo de presente los estados de pérdidas y ganancias del

ente cooperativo. luego en la asamblea general los estados financieros se revisaban punto por punto y se aprobaban en las mismas asambleas.

Por su parte las demandantes en su interrogatorio de parte, manifiestan que en ningún momento hicieron curso básico de cooperativismo, no tuvieron conocimiento de la existencia de órganos sociales como el consejo de administración, junta de vigilancia y comité de apelaciones no participaron en reuniones de asambleas ordinarias o extraordinarias citadas por Megacoop; ni la distribución de excedentes de la cooperativa, de cada ejercicio anual, y que al momento de la vinculación con la cooperativa no les fue entregado los regímenes de trabajo asociado y los estatutos de la cooperativa, así mismo aceptan que prestaron los servicios en el Hospital Universitario La Samaritana en Girardot, quien además les dio capacitaciones en el manejo de pacientes y atención en salud, en pro de la acreditación de la entidad.

Se recibió el testimonio de Diana Marcela Vanegas Nuñez, quien manifestó que conoció a las demandantes porque prestaron sus servicios en el Hospital Universitario la Samaritana de Girtardot -Unidad Funcional, en su condición de asociadas de Megacoop y en su momento les dieron a conocer los estatutos, así como el régimen de asociados y de compensaciones, las cuales fueron distribuidas mensualmente; indica que hizo parte de la junta directiva de la cooperativa, y el comité de vigilancia control, elegidos en asamblea, quien ejercían el prode disciplinarios de los asociados, informa de la distribución d ellos excedentes de la cooperativa entre sus afiliados.

Así pues, encontrándose que la prestación de servicios fue a la ESE Hospital de Chapinero, no es dable predicarse la configuración de los elementos esenciales de un contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del CST respecto a la Cooperativa de Trabajo Asociado dado que no fue a ella a quien estuvo enfocada la prestación personal de servicios por parte de las trabajadoras demandantes , generando la absolución de las pretensiones de las actoras frente a esta pasiva, sin que se pueda predicar que fueron trabajadoras en misión, lo cual no se adujo y que es algo propio de las empresas de servicios temporales.

En lo que hace con la ESE Hospital Universitario la Samaritana, no es necesario hacer examen alguno de los servicios a ella prestados por la demandante en tanto ésta no fue demandando como verdadero empleador, sino como solidaria responsable, de ahí que al no resultar condena alguna en contra de la Cooperativa de Trabajo Asociado Médica especializada Megacoop - mal puede hablarse de una deudora solidaria. Aquí vale traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 10 de marzo de 1998 “El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada ab initio en el juicio. Es por eso que el demandante, al elaborar su demanda laboral, debe ser cuidadoso no sólo al formular sus pretensiones, sino de manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción.”

Aunado a lo anterior de admitir este giro en las circunstancias del caso, debería entenderse que la Cooperativa habría actuado como simple intermediaria y no como empleadora, lo cual implicaría una variación de los hechos y pretensiones de la demanda inicial; de acoger la tesis de la recurrente, significaría que lo perseguido fue demostrar que el verdadero empleador fue la Empresa Social del Estado Hospital Universitario La Samaritana, según el caso, de suerte que, por lo menos bajo las reglas que gobiernan la vinculación de personal a la primera, no existirían elementos para afirmar que las accionantes ostentaron la condición de trabajadoras oficiales y, en esa medida, no habría posibilidad de pronunciarse sobre la materia. De todas formas, argumentar que la Cooperativa era la empleadora, pero al mismo tiempo ejercía ilegalmente actos de intermediación, comporta una contradicción, toda vez que en términos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en una misma persona no puede concurrir la doble calidad de simple intermediaria y empleadora.

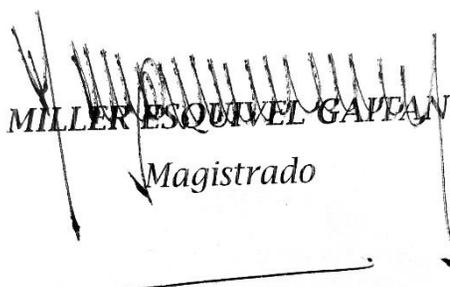
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Condenar a las demandantes a las costas de esta instancia. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de las promotoras en favor de las demandadas.

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPEAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VÍCTOR HUGO ARDILA ARIZA CONTRA UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 26 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Víctor Hugo Ardila Ariza, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Universidad Santo Tomás, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal e indefinido desde el 18 de enero de 2015, el cual fue terminado sin justa causa mientras ostentaba la calidad de prepensionado, en consecuencia, se condene al reintegro al cargo de docente en cuarta categoría desde el “18 de enero de 2015”, así como el pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema general de seguridad social causados entre marzo y agosto de 1994 y a los

que haya lugar con ocasión del reintegro, la sanción por no pago de intereses a las cesantías, sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación e intereses moratorios sobre las condenas, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 78 a 81 del expediente, en los que en síntesis se indica que: suscribió centro de educación superior 19 contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año entre el 1º de febrero de 1993 y el 17 de enero de 2011, prorrogándose el último de ellos en tres oportunidades, siendo la cuarta prórroga del 18 de enero de 2014 al 17 de enero de 2015; el 27 de octubre de 2014, solicitó ascenso de 4ª categoría en el escalafón docente; luego, el 10 de noviembre de la misma calenda se le informa la no renovación del contrato de trabajo, y los días 18, 21 y 26 del mismo mes y año se le expiden certificaciones laborales, además de los lineamientos internos a seguir en los contratos docentes. En diciembre de 2014 asciende en el escalafón, decisión que se comunicó el 16 de enero de 2015, y cuyos efectos estarían vigentes a partir del primer semestre de esa anualidad. Para el 19 de enero de 2019, se le restringió el ingreso a la universidad, toda vez, que se desactivó el carné y el correo electrónico, por lo que solicitó copia de todos los contratos de trabajo, recibiendo una respuesta parcial. Seguidamente petitionó el reintegro, pretensión que se revolió negativamente. A la presentación de la demanda “el contrato de trabajo se encuentra vigente”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 104 a 117); en cuanto a los hechos aceptó los contratos de trabajo y sus prórrogas, el preaviso entregado el 5 de noviembre de 2014, el ascenso en el escalafón aclarando que ello no dejaba sin efectos el preaviso, ni daba continuidad al contrato de trabajo, ya que las decisiones de la comisión de ascenso no obligan a mantener la vigencia del contrato. La desactivación del carné y del dominio electrónico, ya que no era trabajador de la universidad. Se dio respuesta completa a la petición y luego se dio una complementación. Como excepciones de fondo propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 148) condenó a Universidad Santo Tomás a pagar a la administradora en la que el demandante acredite encontrarse afiliado, y a su entera satisfacción, las cotizaciones a seguridad social en pensión desde marzo hasta agosto de 1994; sobre un salario base de liquidación equivalente a \$316.800 para esa anualidad, por lo que la demandada debe presentar solicitud al fondo de pensiones, una vez ejecutoriada la decisión y cancelar dicha suma en el plazo que corresponda. Declaró no probada la excepción de cobro de lo no debido, absolvió a la enjuiciada de la demás pretensiones y le impuso costas en cuantía de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, las partes la recurren: El **extremo demandante** considera que a partir del momento en que se dio el ascenso del ex trabajador, se creó la expectativa de la relación laboral, por lo que el contrato debió seguir, sin que sea excusa suficiente que la solicitud de promoción laboral se estudió debido a que en el momento en que se presentó el vínculo estaba vigente, pues cuando aquel feneció, lo lógico era que no se continuara el trámite, por lo que la expedición del acta 54 del 16 de diciembre de 2014, en la que se dejó constancia del avance en el escalafón, la cual no perdió sus efectos, generó una confianza legítima que configura un contrato verbal que se celebró 4 días después del preaviso, ratificado con el acta de ascenso, por lo que fue por culpa de la institución de educación superior que no se protocolizara de manera escrita el nexo entre las partes. A más que se invirtió la presunción legal del contrato de trabajo que surgió a la vida jurídica el 18 de enero de 2015, y que fue terminado sin justa causas, en esa misma fecha. No se estudia el reten social desde el momento en que cumple la edad, de acuerdo a la SU 003 de 2018.*

A su vez, la accionada indica que no ha sido requerida por ninguna administrador de pensiones para el pago de aportes en pensiones y que jamás se ha sustraído de sus obligaciones, que la encarda de determinar el pago de aportes por omisión o ser inexactos es la UGPP, a lo que se suma que el demandante no realizó reclamación alguna a la AFP por ese concepto, lo que además indica que el fondo de pensiones debe estar vinculado al proceso para que se pueda proferir sentencia de fondo.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sostiene el extremo demandante que se configuró un contrato de trabajo verbal con fecha inicial del 18 de enero de 2015, cuya finalización se dio el mismo día, el cual por causa imputable al empleador no se pudo suscribir de forma escrita.

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: "es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración", siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

De otra parte, el artículo 101 del CST enseña que el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrados por el año escolar, salvo estipulación; que puede ser superior o inferior a éste como lo estimo la Corte Constitucional (ver sentencia C.483 de 1995). El que es aplicable en forma supletiva al acuerdo entre los contratante; por ser la actividad del actor de docente en centro privado de enseñanza.

Por eso, sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando se reclaman derechos derivados de un contrato de trabajo, y se controvierte su existencia, la prueba tiene que ser de tal contundencia que no quede la menor duda que esa y no otra fue la relación jurídica suscitada entre las partes, no solamente por las consecuencias jurídicas y económicas derivadas, sino porque no es entendible que los contratantes lleguen a un acuerdo y luego de ejecutado, uno de los contratantes trate de desvirtuar su naturaleza.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegiado a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo: solicitud del 27 de octubre de 2014 (fl. 6), informe de cumplimiento de requisitos para ascenso en el escalafón docente en la que se anota “el docente cumple con los requisitos para ascender a la categoría 4” (fl. 7 y 8), acta 54 de comité de promoción y ascenso del 16 de diciembre de 2014, en la que constan los intervinientes y se inscriben como temas a tratar “análisis de solicitudes de ascenso en el escalafón y solicitudes de reconsideración” y se relaciona el nombre del demandante (fl. 8 vto. y 13), misiva del 10 de noviembre de 2014 en la que se señala que “terminada la vigencia del contrato actual, no habrá por parte del Departamento de Humanidades y Formación Integral una renovación en su contratación” (fl. 9), certificación del 18 de noviembre de 2014, en la que se especifica que el actor laboró como docente de medio tiempo desde el 1º de febrero de 1993 por medio de contratos a término fijo inferiores a un año y como docente de tiempo completo entre el 18 de enero de 2010 y el 17 de enero de 2015 (fl. 10), misiva del 16 de enero de 2015 con la que se comunica la aprobación de la solicitud de ascenso a la cuarta categoría y “Por consiguiente, esta determinación surte efectos a partir del primer período académico del presente año, sin embargo, si usted no está de acuerdo con la decisión anterior, tiene un término de 05 días a partir de la entrega de la presente comunicación, para presentar por escrito los fundamentos de la discrepancia” (fl. 14), instructivo análisis de continuidad docentes, sin fecha de recibo y/o entrega (fls. 15 y 16), certificación de los contratos de trabajo y prorrogas de éstos, siendo la

última prórroga del 18 de enero de 2014 al 17 de enero de 2015, así como el soporte físico de cada uno de los vínculos (fls. 23 a 54), liquidación de prestaciones sociales con fecha de ingreso 01/18/2010 y fecha de retiro 01/17/2015 (fl.55).

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que se demostró la existencia de un contrato de trabajo a partir del 18 de enero de 2015, “ a partir del primer período académico del presente año” como se le comunicó al demandante en carta del 16 de enero de 2015, decisión que no puede ser desconocida y produce todos sus efectos legales (art. 55 del CST). Y en lo que hace a la duración del contrato se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 101 ya referido y a la remuneración pactada en el contrato de trabajo del período anterior, por no ser admisible que devengará una suma inferior, ni superior por no estar avalada dentro del plenario. Entonces, se entra al examen de reintegro reclamado por el actor, como pretensión principal, y las consecuenciales de salarios y prestaciones sociales.

No puede olvidar el demandante, que no hay lugar a suponer la voluntad del otro contratante, por lo que no es dable considerar que a partir de la expectativa de ascender en el escalafón o la manifestación de que esa promoción tendría efectos a partir del primer semestre académico del año 2015, se suple ese requisito. Es clara la necesidad de la manifestación expresa de las partes para que nazca a la vida jurídica el contrato de trabajo independientemente de su modalidad y así lo ha establecido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral: “Conviene destacar que el contrato de trabajo en cuanto género, no está sometido a una forma determinada para su existencia, por lo que para su nacimiento es suficiente con que concurra un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador. Al respecto, el artículo 37 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que «el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; para su validez no requiere de forma especial alguna, salvo disposición expresa en contrario»¹. Y que de otra parte que ese acuerdo debe ser ejecutado, esto que los servicios personales se hayan cumplido.

REINTEGRO

La ley, la convención de colectiva de trabajo o el reglamento interno de trabajo, son los instrumentos en cuáles se puede establecer cuándo hay lugar al reintegro del

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia SL 2600 del 27 de junio de 2018, Radicación 69175.

trabajador a sus labores o al restablecimiento del contrato de trabajo. Visto el caso que ocupa a la Sala, no existe normatividad que ordene el reintegro reclamado, por lo que se negará tal pedimento. Puntualizando que es única súplica que se reclama respecto del contrato de trabajo de 2015.

REINTEGRO - CALIDAD DE PREPENSIONADO

En la alzada persiste la activa en que debe aplicarse el fuero de prepensionado, visto desde la óptica del cumplimiento de la edad.

La Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha establecido la estabilidad laboral reforzada para quienes se encuentran a portas de adquirir el status de pensionado indicando que es la garantía que tiene todo trabajador de permanecer en el empleo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del empleador, si no existe una causa relevante que justifique el despido, por lo que el derecho a la estabilidad de los prepensionados no es de orden legal si no de contenido constitucional, tal y como quedó expuesto en la sentencia T - 638 de 2016.

De la misma manera la alta corporación ha sostenido que no basta la mera calidad de prepensionados, para proteger a las personas que se encuentran en esa situación, ya que se requiere que además se ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el mínimo vital dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia, es decir, en los eventos en los de retiro de personas a quienes les faltare 3 años o menos para adquirir el status de pensionados, indistintamente del régimen pensional al que se encuentren afiliados, tal y como quedó establecido en las sentencias T - 537 de 2016 y SU - 003 de 2018.

*De ahí, que el demandante nació el 21 de agosto de 1959, por lo que llegó a la edad de 62 años, el mismo día y mes del 2021, así para la época del despido, de conformidad con las historias laborales visibles a folios 56 a 87, contaba con 1258 semanas cotizadas al RAIS y 56 años de edad, de modo que cumplía con el mínimo de semanas cotizadas para alcanzar la pensión de garantía mínima del artículo 65 de la ley 100 de 1993. En cuanto al cumplimiento de la edad y según la sentencia SU 003 de 2018 "El accionante ha cotizado más de 1300 semanas; por tanto, acredita el mínimo que se requiere para acceder a la pensión de vejez. **En consecuencia, no se encuentra en riesgo la consolidación de su expectativa pensional. Esta no podría frustrarse en la medida en que la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin***

vinculación laboral vigente” (Resalta de la Sala). Por lo que el actor no ostentaba la calidad de prepensionado.

APORTES EFECTUADOS POR EL ACTOR AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Se acreditaron múltiples contratos de trabajo a término fijo entre las partes, sin que los extremos de alguno de estos fuera objeto de controversia, pese a ello, reclama el demandante los aportes en pensión de los ciclos de marzo a agosto de 1994, con ocasión a los contratos de trabajo del 1º de febrero a 15 de junio de 1994 y 1º de agosto a 15 de diciembre de 1994 (fls. 27 y 28).

El primer reparo sobre esta condena lo centra la enjuiciada en que el juez de trabajo no tiene competencia para determinar una la falta de pago de aportes por parte del empleador, por lo que se le recuerda que el artículo 2º del CPT y SS estipula: “Competencia general. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. (...)”. Así que no se harán más consideraciones en este aspecto.

Ahora, en lo concerniente a que no se convocó a la AFP. Al punto, la controversia que se suscita no es por la falta de cumplimiento de las obligaciones del fondo de pensiones, sino por la omisión del empleador en el pago de aportes en los ciclos de marzo a agosto de 1994, así que lo que se busca es que el empleador omiso, se allane al deber legal que le asiste, causa por lo que no es necesario la intervención de una la AFP en particular, ya que la declaración se puede dirigir a la que escoja el demandante o a la que estuvo afiliado, sin que ésta pueda válidamente oponerse, lo que explica que no necesariamente deba ser parte dentro del proceso. Ello porque el trabajador puede reclamar al empleador el pago del cálculo actuarial con ocasión a la falta de afiliación al sistema general de pensiones y otra la facultad que tienen las AFP de cobrar aportes en mora conforme al artículo 24 de la ley 100 de 1993 y cuyo procedimiento se encuentra prescrito en los Decretos Reglamentarios 1161 y 2633 de 1994, por lo que no es necesario ni que el trabajador requiera a la AFP que ejerza las acciones de cobro ni que la AFP realice cobro previo para que pueda resolverse de fondo el asunto.

Entonces, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 señala que son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones entre otros, todas aquellas personas que se encuentren vinculadas mediante contrato de trabajo.

El artículo 22 de La Ley 100 de 1993 señala:

“Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará esa sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno. El empleador responderá por la totalidad de los aportes aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Analizado el material probatorio, se tiene que la demandada efectivamente omitió afiliarse al demandante al sistema de seguridad social en pensión durante los meses de marzo a agosto de 1994 sin que se encontrara en discusión dicho período de tiempo, que además se corrobora con la certificación visible a folio 23 y los contratos de trabajo por los períodos 1º de febrero a 15 de junio de 1994 y 1º de agosto a 15 de diciembre de 1994 (fls. 27 y 28), sin que se hubieran incorporado en la historia laboral de folio 56, esos interregnos.

Sin embargo, como quiera que la falladora de primer grado no reparó en la solución de continuidad que hubo entre uno y otro contrato a término fijo, se modificará la decisión recurrida, en el sentido de disponer el pago del cálculo actuarial al tenor Decreto 1887 de 1994, entre el 1º de marzo y el 15 de junio de 1994 y el ciclo de agosto de esa misma anualidad.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Modificar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el entendido de ordenar a la Universidad Santo Tomás a pagar el cálculo actuarial del 1º de marzo al 15 de junio de 1994 y del 1º al 31 de agosto de 1994, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes.

~~MILLER ESQUIVEL GAYDAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JWZ
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SARA ÁNGEL GARCÍA CONTRA FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Sara Ángel García, por intermedio de apoderado judicial, demandó al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que se declare beneficiaria de la sustitución de la pensión de jubilación Miguel Pinto Bohórquez, a partir del 16 de junio de 2018, en consecuencia, se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas, los servicios médicos que sufragó por cuenta propia, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Miguel Pinto Bohórquez falleció el 16 de junio de 2018, y en vida percibía la pensión de jubilación reconocida por el FPSFNC, cuyo disfrute tenía desde el 6 de agosto de 1981; convivió en unión libre con el causante durante los 6 años previos al deceso de éste, por lo que solicitó el reconocimiento prestacional a su favor, petición que la entidad negó argumentando que no acreditó la calidad de beneficiaria, pese a que aportó declaraciones extrajuicio que expresan lo contrario, de manera que impetró recurso de reposición contra la decisión, pero al desatarse, se confirmó la providencia impugnada. Si bien, con ocasión al deceso del señor Cosme Damián Arias Cárdenas ya percibía una “pequeña suma por concepto de sustitución”, Pinto Bohórquez asumía los gastos de la pareja en su totalidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fl. 50); en cuanto los hechos aceptó la calidad de pensionado del causante y la fecha de muerte de aquel, las reclamaciones presentadas, la negativa de la entidad a reconocer la prestación tanto en el acto administrativo inicial como en el que resolvió el recurso de reposición, Como medios de defensa enlistó como excepciones de fondo, las de buena fe y confianza legítima, presunción de legalidad y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 79) en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a la actora en cuantía de un smlmv.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora la recurre por considerar que se encuentra plenamente acreditado el requisito de convivencia con el de

cujus, por lo que no es dable que el fallador de primer grado se excuse en la existencia de dos sustituciones pensionales previas, atendiendo a que no existe en el ordenamiento jurídico norma alguna que prohíba percibir dos o más prestaciones originadas por la convivencia en diferentes tiempos, con varios compañeros permanentes de la misma entidad, en este caso de FPSFNC, por lo que es permitido que reciba las tres pensiones, sin que sea posible apelar al artículo 128 de la Constitución, ya que, en primera medida ello se refiere a salarios y no pensiones, en segundo lugar no se encuentra en riesgo el equilibrio del sistema general de pensiones, en tanto, las prestaciones sustituidas adquirieron ante de la entrada de la Ley 100 de 1993, de manera que tampoco es cierto que todas las asignaciones pensionales provengan de la misma fuente, cuando cada uno de los causantes tenían derecho a sus propias pensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solicitó se revoque en su integralidad la sentencia de primer grado.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandante.

PROHIBICIÓN DOBLE ASIGNACIÓN TESORO PÚBLICO

La negativa del a quo, en el reconocimiento prestacional partió principalmente en la aplicación del artículo 128 de la Constitución, pues a su consideración, no es posible que una persona perciba dos prestaciones o más asignaciones provenientes del tesoro público, como es el caso de la demandante, quien ya percibe dos sustituciones pensionales, y reclama una tercera.

Al punto cabe resaltar traer a colación criterio adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-716 del 4 de marzo de 2020 Rad. 75280:

“Pues bien, el punto en controversia ya ha sido definido por la Sala en repetidas decisiones, como las siguientes: CSJ SL1081-2014, CSJ SL3140-2014, CSJ SL9221-2017, CSJ SL4573-2017, CSJ SL3694-2017, reiterando lo dicho en las sentencias CSJ SL1976-2017, CSJ SL1974-2017, y en la CSJ SL15781-2016, en la que se indicó:

El Decreto 1586 de 1989, emanado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ordenó en su artículo 1° la liquidación de la empresa industrial y comercial del estado, Ferrocarriles Nacionales de Colombia; a su vez, el artículo 18 ibidem, ordenó que en el presupuesto General de la Nación se apropiarían los recursos para su liquidación.

Posteriormente, el artículo 7 de la Ley 21 de 1988, dejó a cargo de la Nación el pago de las pensiones de jubilación que estuvieran a cargo de la extinta sociedad, ordenando, para tal efecto, la creación de un Fondo.

Consecuencialmente, el Decreto 1591 de 1989 creó el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia como un establecimiento público de orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Entre sus objetivos estaba pagar las pensiones de los pensionados de los Ferrocarriles Nacionales.

De otro lado, el Decreto 111 de 1996 que se ocupó de compilar el estatuto orgánico del presupuesto nacional, en su artículo 3° definió el presupuesto general de la nación, situándolo en dos niveles. El primero, que es el que interesa, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional, uno de los cuales es el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, y por el presupuesto nacional, entendiéndose por este último, el comprendido por las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la rama ejecutiva del nivel nacional, exceptuando las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Vistas así las cosas, no es lo mismo decir que las pensiones de jubilación pagadas por el fondo tantas veces mencionado, se cubran con dineros del presupuesto general de la Nación que con dineros del presupuesto nacional. El primero, es un instrumento financiero macro, esencial en la política fiscal de Estado; y el segundo, es una parte de aquel, que se aprueba por el Congreso de la República y que corresponde a lo definido por el artículo 3 del Decreto 111 de 1996 ya mencionado.

En ese orden, es preciso recordar que el artículo 128 de la Constitución Política prevé: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”. Precepto, que no sólo es aplicable a salarios como lo afirma al recurrente, sino que también se extiende a las mesadas pensionales (SL 3226 del 29 de julio de 2020, Rad.75411).

Así mismo, tenemos que el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 en concordancia con el precitado artículo 128, determinó las excepciones a la doble erogación pública, en los siguientes términos:

Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
 - b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
 - c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;***
 - d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
 - e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
 - f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
 - g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*
- (...). (Subrayas de la Sala)*

Deviene de lo anterior, que no existe impedimento legal que le prohíba a la accionante percibir más de una erogación proveniente de los dineros públicos.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En el presente caso no es motivo de controversia que el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reconoció y pagó al señor Miguel Pinto Bohórquez una pensión de jubilación reconocida mediante resolución No. 1408 del 18 de diciembre de 1981, en cuantía inicial de \$18.413,50, a partir del 30 de septiembre de 1981, según se colige de la documental visible en el expediente administrativo (C.D. fl. 92 pdf 24 a 26). De igual manera, se encuentra acreditado que Pinto Bohórquez falleció el 16 de junio de 2018, según se establece en el registro civil de defunción incorporado a folio fl. 39.

Así las cosas, conforme al alcance de la apelación interpuesta por la demandada, corresponde a la Sala dilucidar si la señora Sara Ángel García cumple los condicionamientos para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento del señor Miguel Pinto Bohórquez.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante (16 de junio de 2018), es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es:

“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte [...]”

Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado»(CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605). Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

De conformidad con la norma atrás citada, para la fecha del deceso del causante correspondía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión bien a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente, siempre y cuando acreditare más de 30 años, y haber convivido con el pensionado durante por lo menos 5 años anteriores a su muerte.

Establecido lo anterior, cumple destacar que en el presente asunto no se discute que, a la fecha del deceso del pensionado la actora acreditaba más de 30 años de edad, teniendo en cuenta que su fecha de nacimiento fue el 9 de abril de 1953, conforme la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 42); por lo que la Sala procede al estudio de los medios probatorios allegados a fin de determinar la existencia o no de la convivencia alegada por la demandante.

Obran en las diligencias declaración extrajuicio del 11 de enero de 2018, suscrita por el de cujus y la activa, en la que consta “que conviven de manera permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo compartiendo como familia desde hace siete (7) años y que de dicha unión no has procreado hijos” (fl. 37), de igual manera obra la declaración extra proceso rendida por los señores Héctor Ariza Páez y Aturo Páez, del 11 de enero de 2018, oportunidad en la de expresaron conocer a la pareja conformada por Pinto Bohórquez y Ángel García por más de 7 años y que les consta que desde ese mismo tiempo “conviven como pareja bajo el mismo techo de manera permanente e ininterrumpida” (fl. 38).

Se escuchó en **interrogatorio a la demandante**, quien narró haber conocido al causante desde 1991, debido a que eran vecinos, y en aquella época el pensionado se encontraba casado con Ernestina de Pinto, quien falleció. Luego del deceso de la cónyuge del de cujus, frecuentaba la vivienda de Pinto Bohórquez para realizar labores de aseo, pero con el tiempo la relación cambio y a los pocos meses iniciaron vida marital en el domicilio de Miguel, residencia que con posterioridad a su muerte, ella conservó. Señaló que es pensionada de FPSFNC desde 1998.

A su vez, **Héctor Ariza Pérez**, dijo haber conocido al occiso por espacio de veinte años, tiempo en el que conoció a las dos compañeras sentimentales de él, Ernestina, que falleció en 2011 y a Sara Ángel García quien lo acompañó hasta el deceso de causas naturales, pues vivían juntos en la casa lote de propiedad de Miguel, además ella lo llevaba al servicio médico, a la clínica cuando estaba enfermo, salían a todas partes. Sabe que tanto Miguel como Sara eran pensionados. Nunca medió separación y sabe todo ello, a razón de que pasaba todos los días frente a la casa de la pareja debido a su oficio como conductor. **Carlos Arturo Velasco y Rosalba Velasco**, contaron que su tío - Miguel Pinto Bohórquez- convivió con la hoy demandante luego de que Ernestina Díaz pereciera, en 2010 o 2011, y ello les consta porque la pareja vivía junta en la casa de Pinto Bohórquez, sin que procrearan hijos. Agregó **Carlos Arturo** que, a la muerte de su familiar Sara se hizo cargo de todos los gastos fúnebres y se quedó viviendo en la casa en la que residía con Miguel. Mientras que **Rosalba**, narró que se quedaba de visita cada seis meses en la casa de los compañeros permanentes, y en una de esas visitas su tío - el de ella-, le dijo que Sra era la esposa, además siempre estuvo con ella por un lapso de seis o siete años desde 2011, sin que mediara separación.

Finalmente, Arturo Páez, expresó que era amigo del óbito a quien conoció a Ernestina como esposa de éste, pero como en 2011 con la muerte de aquella, quedó sólo, se fue a vivir con Sara Ángel, a la que conoció realizando labores de oficios varios, de modo que una vez se fueron a vivir juntos, los hicieron hasta la noche en que murió el compañero permanente.

Resalta la Sala que militan en el plenario, el registro civil de defunción de María Ernestina Díaz de Pinto (C.D. fl. 92 pdf 159), así como los expedientes administrativos de quienes en vida se identificaron como como Luis Eduardo Riaño Suárez y Cosme Damián Arias Cadena, pensionados, por lo que con ocasión a su muerte el FPSFNC, reconoció a la accionante la sustitución pensional, por el primero en 1998, mientras que la causación del derecho del segundo se dio en 2002 (C.D. fl. 92). Sin que los períodos en los que se alegó convivencia con alguno de estos sean objeto de discusión en el presente asunto, ni tuvieran lugar de manera simultánea con la convivencia que aquí se alega.

De los medios de convicción anteriormente reseñados, y atendiendo lo señalado en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, la Sala concluye que, en efecto, la señora Sara Ángel García probó la convivencia con el causante durante por menos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, sin que mediara separación alguna, permaneciendo junto al causante hasta el día de su fallecimiento, como lo manifestaron los testigos que concurrieron al proceso quienes además ratifican las afirmaciones de la señora Ángel García en el sentido de que siempre se mantuvo la unión familiar, la comunidad de vida y la ayuda mutua en vida del señor Miguel Pinto Bohórquez.

Expuesto lo anterior se revocará la sentencia de primer grado para en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a partir del 17 de junio de 2018, en cuantía de \$1.501.422 (pdf. 94 C.D. fl. 93), y en los mismo términos que venía siendo reconocida al causante.

INTERESES MORATORIOS - INDEXACIÓN

Ahora, el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

“A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y

pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional, es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales” y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP). Por tanto, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, como en el caso que nos ocupa, dado que la promotora de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión y la entidad demandada se ha negado a su reconocimiento, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

*Así, como la actora reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 30 de octubre de 2018, según se observa a folio 12 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del **30 de octubre de 2018**, esto es, vencidos los dos meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 1º de la ley 717 de 2001; fecha a partir de la cual se encuentra en mora de reconocer y pagar la pensión a la actora.*

Cabe advertir que dicha condena resulta excluyente con la indexación.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.-*Revocar la sentencia apelada, y en su lugar, indicar que la señora Sara Ángel García es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Miguel Pinto Bohórquez, a partir del 17 de junio de 2018, en cuantía de \$1.501.422, en los mismo términos que venía siendo reconocida al de cujus. De conformidad con lo considerado en esta sentencia.*

Segundo.-*Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 30 de octubre de*

2018, sobre las mesadas causadas desde el 17 de junio de 2018, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

Tercero.- Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la demandada.

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO JAIME SERNA RODRÍGUEZ CONTRA CRUZ BLANCA EPS S.A, SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN Y ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESISMED S.A.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de enero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente audiencia pública en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Se reconoce personería al abogado Juan Guillermo López Celis, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 79.937.643 y tarjeta profesional No. 149.502 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de Saludcoop EPS en Liquidación.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 4 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Álvaro Jaime Serna Rodríguez, mediante apoderado judicial, demandó a Cruz Blanca EPS, Saludcoop EPS Organismo Cooperativo en liquidación y Estudios e Inversiones Médicas S.A. Esimed S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Cruz Blanca EPS, vigente entre el 2003 y 2010, con Saludcoop desde 2010 hasta 2015 y con Esimed S.A de 2015 a 2017. Como consecuencia de ello, se condene a las demandadas al pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, vacaciones, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones y bonificaciones por servicios, causadas durante el tiempo laborado, indemnización moratoria Art. 65 del CST, sanción del art 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización por despido sin justa causa, (art. 64 CST), indexación de las sumas adeudadas, lo probado ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató los hechos vistos a folios 4 a 6 y 221 al 223 en los que en síntesis indicó que: se vinculó por medio de contratos de prestación de servicios con las demandadas renovables sin solución de continuidad con Cruz Blanca EPS desde 2003 hasta 2010, con la Corporación IPS Saludcoop de 2010 a 2015 y con Esimed S.A. desde el año 2015 a 2017; desempeñando el cargo de médico ginecoobstetra, que sus labores fueron prestadas de manera personal y directa, también fueron desempeñadas por los servidores de planta vinculados a las encartadas; sus servicios siempre se prestaron en sus instalaciones y con elementos suministrados por ellas; que estuvo subordinado, recibiendo órdenes permanentes, directas, verbales y escritas de cada uno de los jefes inmediatos, cumplió un horario de 7:00 a.m. a 1:00 pm de lunes a viernes; que la corporación Cruz Blanca a través de su filial IPS cruz blanca elaboró certificados de retención en la fuente del demandante; el último contrato de prestación de servicios que suscribió fue con Esimed S.A. con un plazo pactado de 11 meses desde el 1 de febrero de 2017 y su última remuneración mensual fue de \$3.400.000,00; el 10 de octubre de 2017 mediante escrito se le informo la terminación del vínculo contractual de manera unilateral por parte de esta última sociedad sin haber finalizado el plazo pactado; y que las entidades de salud accionada, no le han pagado las acreencias laborales reclamadas a través de este proceso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada en forma legal y oportuna por las demandadas: Saludcoop EPS Organismo Cooperativo en liquidación, se opuso a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que Cruz Blanca EPS y Esimed hacer parte del grupo Saludcoop, pero que son empresas independientes administrativa y financieramente sobre los demás dijo no constarle, indicando que son hechos ajenos a ella. Como medios de defensa propusieron las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de responsabilidad solidaria, y la genérica (folios 302 a 308 y 317 a 323 del expediente digitalizado).

A su turno Cruz Blanca S.A. se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó que las demandadas pertenecieron al grupo saludcoop aclarando que Cruz Blanca es una sociedad diferente e independiente de las sociedades descritas con autonomía administrativa y financiera; acepta no haber pagado las acreencias laborales reclamadas con fundamento en que no existió con el actor nunca un vínculo laboral; sobre los demás hechos dijo no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa por falta de vínculo laboral entre el demandante y la demandada, inexistencia de la obligación indemnizatoria, prescripción y la genérica (folios 366 a 376 del expediente digitalizado).

Por su parte, Estudios e Inversiones Médicas S.A. Esimed S.A., fue notificada a través de curador ad litem, quien en escrito incorporado a folios 478 a 483 del expediente digitalizado dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos contestó que se deberán probar y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominaron inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, compensación y pago, prescripción y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia

referida al inicio de este fallo, en la que declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de las obligaciones reclamadas; absolvió de todas las pretensiones y lo condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurren en apelación, únicamente frente a la no declaratoria de existencia de relación laboral con Estudios e Inversiones Médicas S.A. Esimed S.A., argumentando que el despacho no valoró las pruebas aportadas, la testimonial del doctor Marco Fidel ni los alegatos de conclusión, con lo cuales se puede establecer la existencia del contrato de trabajo con esa demandada, así mismo no se hizo un pronunciamiento detallado sobre elementos esenciales que constituyen un contrato de trabajo, para establecer la primacía de la realidad sobre las formas, teniendo en cuenta que existió una prestación personal del servicio, un horario de trabajo, reuniendo así las condiciones mínimas para que se reconozca su derecho, por lo que solicitó que revoque la sentencia y al menos se condene a Esimed S.A. por los servicios prestados.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis del reparo efectuado por la parte demandante en la sustentación del recurso interpuesto, lo cuales se concreta a la declaratoria de existencia de relación laboral con Esimed S.A.

CONTRATO DE TRABAJO

Insiste el recurrente en la declaratoria del contrato de trabajo con la demandada Esimed S.A. por los servicios prestados, con fundamento en que dentro del proceso existen suficientes elementos probatorios para declarar su existencia con dicha sociedad y su consecuente reconocimiento de las acreencias reclamadas frente a ésta.

El artículo 22 del CST lo define así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica bajo la continuada dependencia y

subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto el empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no serlo así indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral. Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato" De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó en 1991 (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo.

Así, con la revisión de los documentos incorporados al expediente, se advierte que el demandante aportó copia de contrato de prestación de servicios profesionales, suscrito el 6 de noviembre de 2015, visible a folios 195 y 196 del expediente

digitalizado, en el que las partes definieron como objeto “El Contratista se obliga a ejercer su experiencia profesional y técnica con plena autonomía e independencia la prestación de servicios médico asistenciales contenidos o no en el Plan Obligatorio de Salud (POS y NO POS) en la especialidad de MEDICO GINECÓLOGO a favor de los usuarios que indique EL CONTRATANTE.” y dentro las obligaciones especiales establecidas en la cláusula segunda se especifica que la prestación de los servicios antes indicados se debe realizar a los pacientes enviados por ESIMED S.A. de acuerdo con las agendas establecidas, suministrar información necesaria para el control y diligenciamiento de los registros de atención diaria de procedimientos y actividades teniendo en cuenta las disposiciones legales, así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la contratante de las actividades realizadas por el contratista, referidas en el contrato, entre otras las de prestar sus servicios profesionales en la especialidad contratada y de carácter sanitario vigente, mantener actualizadas las historia clínicas de los pacientes atendidos de acuerdo con los parámetros legales, entre otras; contrato que se acordó una duración inicial de 12 meses hasta el 5 de noviembre de 2016 y que finalmente se extendió hasta el 24 de octubre de 2017, en razón a que la sociedad demandada según escrito incorporado a folio 175 del expediente digitalizado, fechado 10 de octubre de esa anualidad, comunicó al promotor la terminación del vínculo contractual a partir de la data antes indicada; así mismo se allegó a folio 176 certificación de prestación de servicios del señor Serna Rodríguez como médico ginecólogo de 17 de enero de 2017 por la subdirectora de Talento Humano de Esimed S.A.; también se incorporó copias de facturas de venta de servicios presentadas por el demandante a dicha sociedad entre el 1° y el 28 de febrero de 2017 y entre el 1° y el 30 de septiembre de 2017.

El demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que laboró para las demandadas, entre ellas Esimed S.A. previa la suscripción de un contrato de prestación de servicios que suscribían de manea libre y voluntaria parta seguir trabajando, que los servicios fueron presentados en diferentes clínicas y consultorios asignados por la contratante, en diferentes actividades de consulta externa como médico ginecobstetra; el pago era mediante unas horas laboradas y se pasaba faltado unos días para finalizar el mes y luego nos consignaba en una cuenta de nómina del Banco de Bogotá, nosotros firmábamos y llenábamos unas planillas antes de computadores y las cuentas se pasaban con los días y el horario

trabajado. Para el cumplimiento de esos horarios había un coordinador médico que repartía los turnos, y siempre laboró de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. atendíamos una paciente cada 20 minutos nos permitían a veces hacer cambios de turno, el cual era autorizado por el jefe Orlando que era el coordinador, pero eso era muy esporádico siempre conseguía quien hiciera el reemplazo nunca se dejaba descubierto el servicio uno mismo podía conseguir el reemplazo y afirma que en octubre de 2017 le pasaron la carta de terminación unilateral del vínculo contractual, pero no sabe el motivo.

Rindió testimonio Marco Fidel Pérez Camacho, quien declaró que conoce al demandante hace por lo menos 15 años porque trabajaron con Saludcoop; en sus diferentes clínicas y consultorios clínicos; que los contratos generalmente eran de prestación de servicios en donde nos cancelaban a un determinado valor la hora pero no reconocían ningún tipo de prestación social ni vacaciones ni cesantías ni primas y para poder nosotros cobrar sus honorarios tenían que pagar salud pensión y ARL como independientes, el horario del doctor Álvaro era en horario de la mañana entre las 6:30 a una de la tarde de lunes a viernes y en algunas ocasiones los sábados; había una persona que era el gerente director y un coordinador del servicios que establecía los horarios y a través de ellos agendaban las consultas que se hacían cada 20 minutos, en caso de permiso se debía notificar a la persona al gerente o al coordinador o reemplazarlo si era por fuerza mayor, es decir si uno no podía atenderlo se lo asignaban a otra persona pero como se quedaban debiendo a unas horas tocaba programarlas, tenían que pasar comunicados auditorias y casi a título obligatorio tenían que asistir las charlas que hacían, que las consultas de pacientes eran cada veinte minutos, debido a que la institución ofrecía a sus usuarios dándoles un horarios por ese lapso ya que en una jornada de 6 horas debían atender 18 pacientes, eso lo establecía por lo que debían amoldarse a lo que dispusieran en la organización; si no cumplía con ese tiempo de 20 minutos ese paciente se lo asignaban a otro especialista o más tarde tenía que sacar el tiempo para atenderlo ya sea con tiempo extra que tenían que reponer; que si necesitaba un día debían buscar reemplazo, pero el doctor Serna realmente no fue de las personas que variara la agenda porque era una persona responsable en la atención de sus pacientes, el consultorio generalmente era un área que tenía establecía la organización, incluso le cambiaron de sede de consulta, los pacientes ya estaban pre asignados desde un call center y no sabía

que pacientes tenía que ver. Así mismo afirmó conocer 2 médicos que tenían contratación distinta nuestro, uno de planta y otro de con contrato laboral a quienes se les reconocían vacaciones y cesantías, y a pesar del contrato diferente hacían las mismas funciones, cumplían los mismos horarios y los turnos eran similares; que entre 2015 y 2017 estuvieron trabajando en las mismas instalaciones y compañeros compartían las mismas jornadas; los consultorios estaban totalmente dotados en la institución que los contrató; y que los pagos de sus servicios los hacían por medio de una cuenta, se los consignaban mensualmente, previa la presentación de cuentas de cobro y acreditar el pago de aportes a seguridad social integral.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del demandante, naciendo así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor de aquella, quien se despoja de esa responsabilidad probatoria, siendo a la demandada Esimed S.A. a quien corresponde desvirtuar dicha presunción de tipo legal; lo cual no hizo. En efecto, observa la Sala que al proceso no se trajo ninguna prueba tendiente a demostrar que durante el término de vinculación que existió entre Álvaro Serna Rodríguez y Estudios e Inversiones Médicas S.A. Esimed S.A., la actividad del demandante fuera autónoma e independiente. Por el contrario, del material probatorio emerge con claridad que al accionante se le daban órdenes sobre la labor a ejecutar y los horarios que debía cumplir; de igual manera, era su obligación comunicar al coordinador si se ausentaba de su sitio de trabajo, siendo éste quien controlaba el cumplimiento de las funciones asignadas.

Y es que, a pesar de que la labor que realizaba el promotor de la litis, lo era como profesional médico en la especialidad de ginecólogo en la atención de pacientes; no obstante su actividad no la podía realizar de manera autónoma, sin horario, la forma de prestación o el número de pacientes a atender no era a su voluntad; por el contrario, estaba sometido a los turnos asignados y al número de pacientes agendados para cada día, asimismo, debía cumplir las funciones en la forma en que le eran indicadas, en las instalaciones de la encartada y con los implementos de trabajo que le suministraban. Lo que deja sin ningún tipo de sustento que la intención de las partes era que en la práctica el contrato se ejecutara como uno

de prestación de servicios y no como uno de carácter laboral.

En atención a las consideraciones precedentes, para la Sala resulta claro que entre el demandante y Esimed S.A., lo que realmente existió fue un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre 6 de noviembre de 2015 y el 24 de octubre de 2017, en el que se desempeñó como médico ginecólogo y su salario fue de \$3.400.000,00 mensuales como se extracta del contrato suscrito, las cuentas de cobro y la certificación laboral expedida por la representante de la empresa. Por lo que ha de revocarse la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la existencia del contrato de trabajo en los términos indicados.

En este orden, se procederá con el estudio de las acreencias reclamadas en relación con la vinculación laboral establecida.

CESANTÍAS - INTERESES A LAS CESANTÍAS

Como la parte demandada Estudios e Inversiones Médicas S.A. Esimed S.A., no acreditó el pago de las cesantías durante el periodo laborado, es decir entre el 6 de noviembre de 2015 y el 24 octubre de 2017 y con el salario ya definido, según lo establecido en el artículo 259 del CST, es procedente el pago, lo que una vez efectuadas los cálculos aritméticos, asciende a la suma de \$6.724.444,00, a lo que se condenará.

De igual manera procede el pago de \$806.933,00 por concepto de intereses a las cesantías.

PRIMA DE SERVICIOS

En relación con la prima de servicios causada, teniendo en cuenta los términos prescriptivos, al no haberse acreditado el pago, siguiendo lo ordenado en el artículo 306 del CST, se ordena cancelar la suma de \$6.724.444,00,

COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES

Como quiera que no se acreditó el pago por este concepto o su disfrute en tiempo, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor la demandada adeuda el monto de \$3.362.222,22, como compensación en dinero de las vacaciones a lo que se condenará.

DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES EFECTUADOS POR EL ACTOR AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Conforme lo previsto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones entre otros, todas aquellas personas que se encuentren vinculadas mediante contrato de trabajo.

El artículo 22 de La Ley 100 de 1993 señala:

***“Obligaciones del empleador.** El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará esa sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad de los aportes aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Entonces, dentro del plenario se tiene que la demandada efectivamente omitió afiliarse al demandante al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales; por el contrario, es un hecho cierto, y aceptado desde la contestación de demanda, que conforme la vinculación contractual que unió a las partes, las cotizaciones fueron cubiertas en su totalidad por el actor durante la vigencia de del contrato de trabajo la relación laboral. Tampoco está en discusión que correspondía a Esimed S.A., como empleador, efectuar el pago de una cuota parte de dichas cotizaciones teniendo en cuenta el salario reportado para cada periodo ante el ente de seguridad social. Razón por la cual se condenará al demandado a efectuar el reembolso de la cuota parte que le correspondía por los aportes realizados por el demandante al sistema de seguridad social en salud, atendiendo que se conoce el monto del salario devengado por el promotor de la litis y el porcentaje fijado por la ley, ya que no figura todas las cuentas de cobro, a pesar que fueron realizados, por lo que no se está ante una sentencia abstracta.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Otra de las prensiones formuladas por la parte demandante tiene que ver con la indemnización por despido sin justa causa, indicando que mediante comunicación del 10 de octubre de 2017 de manera unilateral termino el contrato, sin motivo justificado.

Planteada de esta manera la litis “la jurisprudencia tanto del extinto tribunal supremo del trabajo, como de esta sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono le corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley”¹. Frente a la terminación del contrato de trabajo es de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 62 del C. S. T. subrogado por el art. 7 del Decreto 2351 de 1965, que consagra las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente; y en el caso que nos ocupa no fue invocada ni demostrada la justa causa por parte del empleador, para dar por terminado el contrato laboral que existió entre los contendientes a término indefinido; en razón a que la empleadora indico que tomaba la decisión de terminar el contrato de trabajo a partir del 24 de octubre de 2017 en virtud de lo establecido en el contrato de prestación de servicios, que se desvaneció frente a la realidad de los hechos, conforme a lo analizado en precedencia; de donde se infiere que procede la indemnización por despido consagrada en el artículo 64 ibídem, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. Por lo que al realizar las operaciones aritméticas teniendo en cuenta el salario y tiempo laborado conforme al literal a), numeral 1) de la norma antes citada, corresponde por este concepto la suma de \$5.610.000,00, la cual se impondrá a cargo de la empleadora Esimed S.A.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Bien, respecto de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 de la CST, es claro que cuando el empleador no paga los salarios y prestaciones sociales

¹ CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de octubre de 1973.

causados a la terminación del contrato de trabajo, debe pagar como indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora en el pago de dichos emolumentos. Indemnización que como bien lo ha enseñado la jurisprudencia, en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las juicios aducidos por el empleador para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, lo que, como lo expresa la H. Corte Suprema de Justicia, Sala laboral, en sentencia de 16 de julio de 1979, "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma -art. 99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST). Así que, centrándonos en el sub examine, observa la Sala que bajo las circunstancias analizadas al declarar la existencia del contrato de trabajo, no se puede tener como justificación para no realizar el pago de las acreencias laborales de la actora, en razón a que desconoce a todas luces la legislación aplicable al caso, a más de ser vulneradora de los derechos del trabajador, por lo que no constituye buena fe, razón por la que no se puede exonerar del pago de la mentada indemnización, al ser obligación del demandado realizar el pago completo de los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del vínculo laboral, y no lo hizo.

Para la Sala es clara la intención de Esimed S.A., de encubrir ante el trabajador su verdadera calidad de empleador durante la vigencia del vínculo laboral, precisamente para eludir el pago de las prestaciones sociales y demás derechos

derivados del contrato de trabajo. Es inadmisibile que unos servicios personales, que a todas luces corresponden a un contrato de trabajo, se asuma que se prestaron bajo un contrato de carácter civil, por el prurito de vulnerar los derechos laborales; desconociendo, además, documentos que fueron suscritos por el mismo representante legal, en los que expresamente se consignaba la naturaleza laboral del vínculo.

Por lo tanto, al no probar que obró de buena fe en el impago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral, son motivos suficientes para condenar a la entidad demandada a pagar la suma diaria de \$113.333,33, desde el 25 de octubre 2017 hasta el día en que se realice el pago de las prestaciones sociales ordenadas, conforme los parámetros del artículo 65 de CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, y dado que la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, tal como lo enseña la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003.

De otra parte lo antepuesto lleva a la Sala, igualmente, a imponer a la demandada la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado el auxilio de cesantía a un fondo de cesantías por el lapso de 20015, el año de 2016, y hasta la finalización del contrato de trabajo, 24 de octubre de 2017, la que liquidada teniendo en cuenta que el salario establecido de \$ 3.400.000,00 asciende a la suma de 48.307.932,00, entre el 15 de febrero de 2016 al 24 de octubre de 2017, la cual se ordenará.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sobre el particular la sala advierte que en materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado plenamente en el artículo 151 del CPT y SS en consonancia con lo previsto en los artículos 488 y 489 del CST, al establecer que las acciones, por regla general, correspondientes a los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por una única vez cuando se presenta la correspondiente reclamación al empleador. Así mismo es de precisar que, que tal reclamo “escrito, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada” por ejemplo, “como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento

de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios". Pues "carecen de eficacia para interrumpir la prescripción" ya que "no permiten conocer, de manera concreta y determinada, el derecho pretendido". Así lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1º de febrero de 2011, con Rad. No 30.437.

Entonces, es palmario para Sala que como el contrato de contrato de trabajo declarado se extendió entre el 6 de noviembre de 2015 y el 24 de octubre de 2017, y el demandante presentó la demanda el 4 de abril de 2018, como extracta con el acta de reparto vista a folio 215 del expediente digitalizado, es decir dentro de los tres años siguientes, no opero el fenómeno prescriptivo respecto de ninguno de los derechos laborales ordenado.

Frente a los demás aspectos no se presentó reparo por las partes.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Revocar parcialmente los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada, para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo entre Álvaro Serna Rodríguez y Estudios e Inversiones Médicas S.A. Esimed S.A. a término indefinido que estuvo vigente entre el 6 de noviembre de 2015 y el 24 de octubre de 2017, en que se desempeñó como médico ginecólogo cuya remuneración para cada anualidad correspondió al \$3.400.000, oo mensuales. En consecuencia condenar a dicha sociedad al reconocimiento y pago en favor del actor de:*

- a. \$6.724.444,44 por concepto de auxilio de cesantías.*
- b. \$ \$806.933,33 por concepto de intereses a las cesantías.*
- c. \$6.724.444,44, por concepto de prima de servicios*
- d. \$3.362.222,22 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones.*
- e. A reembolsar al demandante el valor de la cuota parte que le correspondía por los aportes realizados por el demandante al sistema de seguridad social*

en salud, atendiendo que se conoce el monto del salario devengado por el promotor de la litis y el porcentaje fijado por la ley.

- f. La suma de \$5.610.000,00, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
- g. La suma de \$48.307.932,00, por concepto de sanción por no consignación de cesantías aun fondo conforme el art. 99 de la Ley 50 de 1990.
- h. Al pago de la suma diaria de \$113.333,33, desde el 25 de octubre 2017 hasta el día en que se realice el pago de las prestaciones sociales ordenadas, conforme los parámetros del artículo 65 de CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Declarar no probadas excepciones en relación con la demandada Esimed S.A., conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

Tercero.- Confirmar la sentencia apelada en lo demás.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia, las de primera instancia lo serán a cargo de Esimend S.A. en favor del demandante.

Notifíquese y Cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NICOLÁS FELIPE ROJAS ROJAS CONTRA RED LATINOAMERICANA DE INGENIERÍA S.A.S. Y JT CONTRATACIONES S.A.S.

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de enero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 15 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Nicolás Felipe Rojas Rojas, por medio de apoderado judicial, demandó a Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. y JT Contrataciones S.A.S., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con JT Contrataciones S.A.S., en virtud del cual prestó servicios a la empresa usuaria, Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. empresa usuaria, el cual finalizó por un despido indirecto, toda vez que las sociedades tenían el deber de diseñar un plan de bonificaciones y comisiones, en consecuencia se condene a las demandadas al pago de las bonificaciones causadas de abril a octubre, a la reliquidación de prestaciones

sociales y vacaciones con la inclusión de las bonificaciones como factor salarial, la indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, el recargo del último día festivo trabajado, junto con lo ultra y extra petita, y las costas.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 67 a 73 del expediente, en los que en síntesis indicó que: suscribió contrato de trabajo por obra o labor con JT Contrataciones S.A.S. cuya vigencia fue del 9 de marzo al 24 de octubre de 2018, para desempeñarse como jefe de la campaña Luminess CS de la empresa usuaria Red Latinoamérica de Ingeniería S.A.S.; durante el proceso de selección como contraprestación por los servicios se le ofreció la suma de \$3.300.000, por la empresa usuaria, pero a la suscripción del contrato la sociedad JT Contrataciones S.A.S. anotó sólo \$3.000.000, por lo que se negó a firmar el documento, así que el empleador ofreció los \$300.000 como una bonificación que se protocolizaría en un otrosí, por lo que procedió a la rúbrica del contrato entendiendo la bonificación como parte integral del salario; el 9 de marzo de 2018 se plasmó en el otrosí “un bono mensual hasta por \$300.000 por cumplimiento de métricas dentro de su campaña el cual es prestacional”, pero durante la ejecución del contrato no se le hizo entrega de la tabla de comisiones o similares; de modo que, iniciado el nexo, sólo recibió \$100.000 como bono de marzo en la primera quincena de abril, previa inconformidad planteada al jefe directo; luego de ello no se efectuó cancelación del bono, por lo que realizó nuevamente reclamación ante el director de operaciones, quien escaló el caso, así que como en julio no había recibido la bonificación, se reunió con su jefe directo y la gerente general de Red Latinoamericana de Redes e Ingeniería S.A.S. ésta última se comprometió a llegar a un acuerdo con JT Contrataciones S.A.S. para que se efectuara el pago de las bonificaciones, a más que manifestó la inexistencia de métricas que causaran el pago reclamado. También se le dijo que el personal a cargo había mejorado el rendimiento. Pese a ello, tampoco recibió la bonificación en agosto y septiembre, por lo que acudió nuevamente al jefe de operaciones, por lo que nuevamente presentó reclamación sustentada en el Otrosí, acción que conllevó a que el 24 de octubre de 2018 se le expresara en las instalaciones de JT Contrataciones S.A.S. que sería despedido por terminación de la obra, pero en su lugar, para no afectar su hoja de vida, presentó renuncia motivada en el incumplimiento del pago de las referidas bonificaciones, entonces, el 7 de noviembre recibió la liquidación del contrato y allí tampoco se incluyó, el rubro reclamado en toda la vigencia del vínculo, ni

se le incluyó como factor salarial, adicionalmente, el último día festivo prestó servicios por 8 horas y sólo se liquidaron 3, a pesar de que se negó a firmar en señal de aceptación la liquidación, los rubros discriminados en ella le fueron consignados el 9 de noviembre de 2018 en cuantía de \$5.090.000; elevó petición de reliquidación de prestaciones de la que obtuvo respuesta negativa; acudió ante el inspector del trabajo, quien programó diligencia para el 12 de febrero de 2019, sin que el representante legal de JT Contrataciones S.A.S. compareciera; efectuó reclamación ante la empresa usuaria. Finalmente, el contrato no contenía la labor a desarrollar y en aquel, se pactó la duración de 6 meses, por tanto, se prorrogó de manera automática en septiembre de 2018

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por JT Contrataciones S.A.S. en forma legal y oportuna, en la que no se opuso a la declaración del contrato de trabajo, pero sí a las demás pretensiones formuladas (fls. 130 y 131). Frente a los hechos aceptó, la suscripción de un contrato por obra o labor contratada, los extremos temporales de aquel, el salario de \$3.000.000, la firma de un otrosí en el que se contemplaba una bonificación por \$300.000, la renuncia del trabajador, las peticiones elevadas y su respuestas, la situación ante el Ministerio de Trabajo y su no comparecencia previa excusa enviada al esa oficina, frente a los demás hechos indico no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representada, buena fe de la empresa JT Contrataciones S.A.S., compensación, carencia de acción para demandar y pago

A su vez, dentro del término legal, Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. contestó la demanda. Presentó oposición a todas las pretensiones de la demanda (fls. 167 vto. y 168). Acepto que salgo jefe de programa para la campaña Luminess CS, A los demás hechos dijo no ser ciertos o no constarle. Como excepciones de fondo enlistó las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, prescripción y compensación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 228), en la que declaró La existencia de un contrato de trabajo por obra o labor contratada entre Nicolás Felipe Rojas Rojas y JT Contrataciones S.A.S., siendo Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. la empresa usuaria, del 9 de marzo al 24 de octubre de 2018. Declaró probadas las excepciones y cobro de lo no debido y cobro de lo debido por ausencia de causa. Negó las demás pretensiones formuladas e impuso costas a cargo del demandante y en favor de las demandadas en cuantía de \$300.000, para cada una de las sociedades.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. solicitó se confirme la sentencia de primer grado.

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

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es motivo de controversia y se encuentra debidamente demostrado con la documental aportada al instructivo, que entre Rojas Rojas y JT Contrataciones S.A.S. existió un contrato de obra o labor contratada, vigente del 9 de marzo al 24 de octubre de 2018, en virtud del cual el promotor desempeñó el cargo de jefe de programa, para la empresa usuaria Red Latinoamérica de Ingeniería S.A.S.; según se colige del contrato de trabajo (fls.15 a 18), carta de renuncia (fls. 29 y 161), la liquidación final de salarios y prestaciones (fls. 33 y 164), así como lo aceptado por las encartadas en su contestación.

SALARIO - COMISIONES

Afirma el actor en la demanda que, en vigencia de la relación laboral, además del salario básico pactado, se acordó una comisión constitutiva de salario, en monto de \$300.000.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, sea lo primero señalar que el artículo 14 de la ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 127 del CST, enseña 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 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.

Una vez precisado lo anterior, cumple destacar que en el sub judice se encuentra demostrado que al momento de iniciar la vinculación laboral que unió a las partes, se pactó un salario mensual de \$3.000.000. De igual manera, se acreditó que entre el trabajador y JT Contrataciones S.A.S. se acordó en un otrosí “un bono mensual hasta por \$300.000 por cumplimiento de métricas de su campaña el cual es prestacional” (fl. 18).

Se adosaron al plenario los comprobantes de nómina (fls. 57 a 63 y 151 a 160), en lo que se incorpora un incentivo salarial, únicamente para la primera quincena de abril de 2018 por valor de \$100.000, sin que luego de ello, se inscriba otro pago por ese mismo concepto.

También militan en el expediente correos electrónicos allegados tanto por la parte actora (fls. 30 a 32), como por la sociedad Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. (fls. 201 a 219 y 227 a 238), que no fueron desconocidos, por ninguno de los sujetos procesales, en lo primeros, se observa la inconformidad del extrabajador por el no pago del bono de \$300.000, mientras que en los segundos se reseña específicamente en del 8 de mayo de 2018 “Felipe, Lo que se necesita es cumplir las metas, no importa como quedaste el mes pasado. Ya no tienes agentes nuevos. Hay que empezar a cumplir” (fl. 213), luego el 10 de septiembre de 2018 Rojas Rojas remite una comunicación en la consta “Como Charlamos les envío mi estructura de bonificación para empezar a ser evaluada desde este corte de Agosto (...) Dentro de los parámetros, se cubren todas las posibles métricas de observación relativas a la relación a mi cargo y los resultados corresponden a lo alcanzado por el promedio general de la operación en

su totalidad” (fl. 219). En cuanto a las documentales 239 a 250 y las presentaciones power poitn de junio a octubre del disco compacto fl .255, en ellas se aportan los parámetros de bonificación y los resultados mes a mes presentados por el actor:

RESULTADOS LUMINESSCS						
MES	LUMINESSRA	LUMINESS CLUB	CONTURE RA	CONTURE CLUB	HOLD	AHT
META	65%	55%	65%	55%	00:45	08:00
MARZO	58.79%	44.97%	35.42%	28.07%	N/A	N/A
ABRIL	58.12%	54.55%	49.30%	33.47%	03:24	N/A
MAYO	58.30%	52.80%	54.40%	35.55%	N/A	11:11
JUNIO	60.08%	52.13%	57.24%	35.83%	01:14	10:56
JULIO	60.00%	49.95%	61.24%	29.40%	01:34	11:36
AGOSTO	63.02%	52.41%	66.24%	42.06%	01:19	10:48
SEPTIEMBRE	60.01%	55.36%	68.18%	56.24%	01:17	10:29
OCTUBRE	63.48%	54.51%	63.67%	63.78%	N/A	10:43

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte en el que el demandante manifestó que no existía para la causación de la bonificación cumplimiento de las métricas, por ello envió un correo electrónico contentivo de una tabla en la que proponía a la gerencia, la posibilidad de cumplir con algunas de esas métricas para acceder a la bonificación. Dentro de la operación el ausentismo, con o sin excusa de las personas a su cargo “pudo haber sido uno de los ítems con los cuales se me juzgara a mí para el pago de mis bonificaciones, sin embargo, nunca fue determinado así”. Conoció de las métricas de la operación, pero nunca fueron determinadas como las del cargo que desempeñaba, en este caso media a diario dentro de su operación la métrica de ausentismo.

El representante legal de **JT Contrataciones S.A.S.** contó que los pagos realizados al extrabajador se realizaban teniendo en cuenta la información suministrada por la empresa usuaria Red Latinoamérica de Ingeniería S.A.S., y que en razón a ello que en abril de 2018 se canceló \$100.000 adicionales, pero no correspondían a los dineros pactados en el otrosí al contrato de trabajo. Rojas Rojas nunca reclamó directamente el pago de la bonificación, conocieron por las pruebas aportadas al plenario, que aquel agotó reclamación por los rubros del otrosí, ante la empresa usuaria. A su vez, la representante de **Red Latinoamérica de Ingeniería S.A.S.**, narró que cuando Rojas Rojas empezó a prestar sus servicios, se le dio a conocer además de las funciones y las metas. El demandante incluso le solicitó las métricas y elaboraba presentaciones de power point con los reportes semanales de aquellas. Para cumplir con las metas requeridas para el pago de la bonificación Andrés Felipe envió una propuesta

para disminuir las preestablecidas, pero no fue aprobado, ya que las métricas con la que se evaluaba la campaña general eran las mismas para él y para los agentes, quienes adicionalmente tenían otras. Desde el área de nómina se reportó el pago de \$100.000 para el mes de abril de 2018.

*Aunado a lo anterior, de la prueba testimonial rendida por **Jorge Luis Maestre**, quien se desempeñó como jefe de operaciones durante tres meses en Red Latinoamérica de Ingeniería S.A.S., y Felipe hacía parte del equipo que tenía a cargo. En ese tiempo le tuvo unas métricas de cumplimiento de resultados en sus operaciones de retención de un cliente Luminess, de Estados Unidos y había seguimiento de una cifra, un indicador que era relacionado con el porcentaje de retención en línea “ese lo recuerdo claramente”. Luego el cliente aumentó la métrica, había también mediciones de nivel de servicio, velocidad de “contestaciones”, por lo que su trabajo como jefe del hoy demandante era desarrollar estrategias para cumplir esas metas. Las métricas eran conocidas, ya que, Felipe Rojas realizaba presentaciones semanales en power point de los resultados de los indicadores, algunos se cumplían otros no, ninguna de las operaciones tenía los indicadores perfectos. No recuerda haber sostenido conversación alguna para establecer métricas claras de la bonificación, no sabe nada acerca de ese concepto, por cuanto no estaba dentro de sus funciones realizar liquidación alguna.*

*De la declaración rendida por **Yamileth Yermanos**, se extrae que el conocimiento de los hechos debido a que laboró para Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. como gerente de recursos humanos entre septiembre de 2017 y octubre de 2020. Sabe que Andrés Felipe reclama el pago de unas bonificaciones, pero nunca se causaron, dado que él debía cumplir las 6 métricas o indicadores impuestos por el cliente, pero él sólo cumplía algunas. Sabe que él tenía conocimiento de esas mediciones porque él era el encargado de elaborar presentar los indicadores mensuales y él mismo anotaba si cumplía o no, esos parámetros eran para los agentes de la operación y le aplicaban a él por ser el jefe de ellos. Como no cumplía con los requisitos para el pago de la bonificación solicitó la revisión de las métricas, pero eso no se aprobó, toda vez, que eran impuesta por le cliente. Una vez se ganó \$100.000 adicionales y se le reportó al empleador para que pagara ese concepto. Finalmente, se escuchó a **Luisa Teresa Ávila Castañeda**, quien se desempeña como operation manager Red Latinoamericana de Ingeniería S.A.S. desde el 14 de octubre de 2017. Fue*

analista de calidad cuando Andrés Felipe era jefe de operación. El jefe de operación debe cumplir las métricas designadas por el cliente de Estados Unidos, que siempre han sido las mismas Luminess RA, club, couture RA, Couture Club, Hold y ATH, y su uso es tanto para agentes como para administrativos, es la meta del equipo completo. Desconoce si Rojas Rojas solicitó el reajuste de las métricas, no sabe si por el cumplimiento de las metas hay bonificaciones. Los agentes además de las métricas descritas, tienen el factor calidad y asistencia perfecta para poder comisionar, pues ellos comisionan, no tiene bonificaciones.

Así las cosas, analizado en su conjunto el material probatorio, considera la Sala que el extremo accionante incumplió la carga procesal que impone el artículo 167 del CGP, por lo que se confirmará la sentencia consultada, ya que no se acreditó que se causaran las bonificaciones reclamadas, nótese como todos los testigos fueron coincidentes, incluso, el solicitado por la parte actora -Jorge Luis Maestre-, en el que el demandante efectivamente tenía que cumplir unas metas y que conocía cuáles eran, con motivo a las presentaciones de power point en las que él mismo exponía los resultados, además fueron coincidentes Jorge Luis Maestre y Yamileth Yermanos, en que las métricas propuestas no se cumplieron durante el interregno en que el demandante prestó sus servicios. De modo, que no es cierto el planteamiento realizado por la activa en la demanda de que no existía plan de bonificaciones o metas bajo el cual se negara el reconocimiento de aquellas, pues se demostró lo contrario con las pruebas anteriorme referidas.

DESPIDO INDIRECTO

En el sub lite, a folio 29 obra documento denominado renuncia suscrita por el demandante el 24 de octubre de 2018, en la que se aduce lo siguiente: “Solicito la terminación de mi contrato como jefe de programa por motivos personales. Agradezco la confianza y tiempo compartidos y les pido la verificación de comisiones de todo el tiempo laborado (...)”

Entonces, al aducirse un despido indirecto es al trabajador a quien le corresponde demostrar los hechos invocados en la carta de renuncia en cumplimiento de la carga de la prueba (art. 167 del CGP), empero el actor adujo motivos personales, por tanto es, claro que la renuncia no fue provocada por el empleador.

En gracia de discusión, si se entendiera que la renuncia obedeció a la ausencia de pago de las bonificaciones causadas y no pagadas, al no salir adelante la pretensión, es claro que la renuncia del trabajador no es imputable al empleador.

TRABAJO SUPLEMENTARIO

La parte demandante afirma no se pagaron 8 horas laboradas en un día festivo.

Frente a esta pretensión la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: “(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al Juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas”¹. Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días se desarrollaron, lo que en el presente asunto no se cumplió, por lo que no al acreditarse mediante algún medio de prueba, es claro que la parte incumplió con la carga procesal que le asistía. Colorario de lo anterior, se confirmará la sentencia consultada.

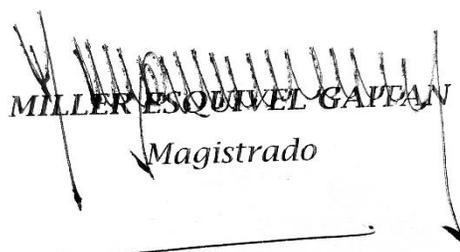
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia consultada.*

Segundo.- *Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.*

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado

¹ Sentencias marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado