



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2018 00651 01
DEMANDANTE: FLOR MARÍA ORJUELA LEÓN
DEMANDADO: HERNANDO MOLINA Y MARÍA DEL PILAR MOLINA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir de 3 de marzo de 2004 y se encuentra vigente. En consecuencia, se condene a los demandados a pagarle cesantías, intereses a las cesantías, prima legal de servicios, vacaciones, horas extras diurnas y nocturnas laboradas, los aportes correspondientes al sistema de seguridad social integral, auxilio de transporte, dotación, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la indexación correspondiente de las condenas que no constituyen salarios ni prestaciones y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 3 de marzo de 2004 los demandados la vincularon mediante contrato verbal individual a término indefinido, para desempeñarse como portera, recepcionista y para

realizar el mantenimiento de las oficinas y zonas comunes de los demandados, en horario de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. de lunes a viernes y los sábados medio día. Como remuneración ha percibido siempre el salario mínimo legal mensual vigente. Refirió que a la fecha los empleadores no le han cancelado prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones, aportes a seguridad social (f.º 3 a 11)

Al contestar la demanda el demandado Hernando Molina Oliveros se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, dijo que ninguno de ellos le constaba.

En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del demandado, no haberse presentado prueba de la calidad en la que actúa el demandante (f.º 38 a 44 y 353 a 363 subsanación).

Al contestar el libelo introductorio la demandada María del Pilar Molina Díez también se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó los relacionados con el lugar de trabajo, la no cancelación de aportes a seguridad social integral, dotaciones y auxilio de transporte.

Para enervar las pretensiones propuso la excepción de inexistencia del demandado, no haberse presentado prueba de la calidad en la que actúa el demandante (f.º 56 a 70 367 a 377 subsanación). Además, formuló llamamiento en garantía de varias personas naturales y jurídicas, el cual fue denegado por el Juzgado por auto del 22 de mayo de 2019 (f.º 353).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de febrero de 2020, condenó a los demandados a pagar a favor de la demandante unas sumas de dinero por concepto de diferencias en las cesantías de los años 2005, 2006 y 2007, sumas que deberán indexarse al momento del pago. Condenó a los demandados a pagar el cálculo actuarial para que sea elaborado por la entidad pensional

a la que se encuentre afiliada la demandante, por el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 2004 y el 31 de diciembre de 2016. Además, en costas a los demandados y ordenó incluir como agencias en derecho \$1.000.000 (f.º 444).

Como sustento de su decisión, concluyó que la parte demandante logró demostrar los tres elementos del contrato de trabajo, precisó que con el dicho de los testigos se corroboró que la accionante era la encargada de abrir y cerrar el edificio y tenía que hacerlo en cumplimiento de un horario, que los demandados fueron las personas que se encargaron de cancelarle los salarios, además se demostró con las declaraciones que estos eran quienes le impartían órdenes e instrucciones a la accionante y además eran los encargados de recoger el dinero correspondientes a los servicios públicos del edificio. Determinó los extremos de la relación con las fechas de referencia que fueron probadas en juicio. Estimó que la accionante no demostró haber laborado en horas extras y encontró que el fenómeno de la prescripción afectó los derechos laborales, salvo las diferencias en cesantías y los aportes a pensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación al argumentar que no se realizó una completa y adecuada valoración de las pruebas, se tuvieron en cuenta una serie de declaraciones con las cuales el juzgado concluyó que los demandados realizaron el pago de salarios a la trabajadora, pero no se observa declaración alguna que indicara directamente haber efectuado dicho pago, incluso dentro de la sentencia no se dijo quiénes fueron los declarantes que hicieron alusión a esos pagos.

Arguyó que los recibos de pago dan cuenta de la cancelación de salarios por parte de otros copropietarios del Edificio Mauricio Restrepo, los cuales no fueron tachados ni desconocidos por la demandante pese a que contenían su firma, con lo que se demuestra que los servicios fueron prestados a los copropietarios y no a los demandados.

Alegó que la demandante señaló que fue vinculada mediante contrato verbal por el demandado lo cual no se encuentra demostrado y la accionante no está llamada a crear su propia prueba. Precisó que la demandante dijo que llevó su hoja de vida al edificio, además, en documento presentado a la Defensoría del Pueblo expresó que prestó servicios a la copropiedad no a los demandados y en derecho de petición repite tal circunstancia, por lo que no debe tenerse en cuenta el dicho de los testigos pues, la misma demandante expresó en varias oportunidades que los servicios fueron prestados a los copropietarios del Edificio Mauricio Restrepo y citó a la copropiedad a audiencia de conciliación. Aseguró que previo a la presentación de la demanda inició proceso judicial contra la propiedad horizontal y ello debe tenerse en cuenta así la demanda haya sido retirada o rechazada.

Arguyó que se debe dar plena credibilidad al dicho del testigo Carlos Cabrejo Murcia, quien señaló que la demandante prestó sus servicios al edificio. Además, que las funciones de portería, abrir y cerrar puertas beneficiaron al edificio no a los demandados. Señaló que pese a que los demandados recogían plata para el pago de servicios públicos no los convierte en empleadores de la accionante. De otro lado, refirió que si bien se declaró probada la excepción de prescripción, se impusieron condenas para los años en que esta tuvo efectos.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si entre la demandante y los demandados María del Pilar Molina y Hernando Molina existió un contrato de trabajo, en consecuencia, si estos están llamados a reconocer y pagar diferencias por cesantías y aportes seguridad social en pensiones.

1. Del vínculo laboral

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación personal del servicio la demandante solicitó decretar los testimonios de Nini Johanna Celis, José William Bello Vásquez, Santiago Marín, Carlos Javier Cabrejo Murcia, Ricardo Parra y Gilberto Parra, estos dos últimos de su práctica desistió el apoderado le la accionante.

La testigo **Nini Johanna Celis**, contadora pública independiente, dijo que los demandados hacen el cobro de los servicios de la oficina donde ella trabaja en el edificio Mauricio Restrepo. Aseguró que conoció a la demandante desde el año 2014, cuando llegó a ocupar la recepción del edificio y a hacer el aseo. Dijo tener entendido que el empleador de la accionante es Hernando Molina y aseguró que únicamente él y la demandante tienen llaves del edificio, pues ni siquiera los propietarios de las oficinas tienen llaves. Señaló que el edificio no tiene organización, ni asamblea, son los demandados quienes suben y les cobran \$30.000 mensuales para servicios, asegurando que además tienen ellos o sus familiares más de la mitad de las oficinas del edificio. Preciso que en varias ocasiones vio como los demandados le impartían órdenes a la accionante, mandándola a hacer aseo o a descargar camiones que llegaban con mercancía, también observó que la demandante abría y cerraba la oficina y cumplía un horario que era el mismo que el que tenía la testigo.

El deponente **José William Bello Vásquez** indicó ser amigo de la demandante y conocerla hace 15 años. Dijo trabajar cerca al Edificio Mauricio Restrepo. Cree, porque se lo han dicho que los propietarios del inmueble son los demandados. Aseguró que vio a la demandante ejecutar funciones para el demandado. Refirió que él como coterero le ayudaba a los demandados por lo que vio como ellos le impartían órdenes a la accionante con quien en ocasiones descargaba mercancía en beneficio del demandado.

Santiago Marín Porras refirió conocer a la demandante hace como 15 años, dijo no saber quién es el propietario del edificio y que conoce a los demandados y a la demandante quien hace aseo y está pendiente de la recepción. Expuso que como en dos o tres oportunidades realizó trabajos

para los demandados como pintar la parte de afuera del edificio y despacharles mercancías. Aseguró que cuando subían mercancía los demandados, la accionante les colaboraba, precisó que vio como el demandado le impartió órdenes.

Carlos Javier Cabrejo Murcia aseguró que conoce a las partes del proceso, dijo que los demandados son propietarios de oficinas en el edificio y él es propietario el 50% de una oficina. Aseguró que el edificio no cuenta con personería jurídica. Dijo que quienes se han autoproclamado la administración del edificio son los señores Molina. No sabe quien maneja la parte documental de la propiedad. Afirmó haber visto a los demandados dar órdenes en cuestiones de aseo a la demandante y conocer a esta desde hace 14 años. Aseguró que Doña Pilar pide colaboración para los servicios de \$50.000 a \$80.000, pero no para el salario de la señora Flor. Señaló que la demandante presta sus servicios en todo el edificio, pero quienes toman las decisiones son los demandados. Aseguró que él como propietario nunca ha impartido órdenes a la demandante; que lleva 40 años en el edificio y las llaves del mismo siempre las ha tenido el señor Molina y después la demandante precisando que pasadas las 6:00 p.m. no entra nadie al edificio. También, que son 8 copropietarios y los demandados son propietarios del 60% de edificio.

Al absolver interrogatorio de parte el demandado **Hernando Molina Oliveros** dijo conocer a la demandante hace aproximadamente 10 años, confesó que ella se dedicaba a servicios comunes y realizaba el aseo para el edificio. Dijo que la accionante llegó al edificio porque trabajaba y sigue trabajando para la Señora Mary de Abreo. Además, refirió no tener nada que ver con la demandante. Confesó que tiene un negocio en el edificio, porque sus nietos le han dejado unas oficinas, pero no es propietario de las mismas. Confesó que hizo lo que los demás hacían, cobrar unos centavos de administración y dárselos a la demandante actividad que realizaba él o cualquier otra persona. Dijo que la demandante se tomó arbitrariamente la entrada del edificio y montó allí una sancochería.

La demandada **María del Pilar Molina** al absolver interrogatorio de parte dijo que el demandado Hernando Molina es su padre y que sus hijos son propietarios de varias oficinas en el edificio Mauricio Restrepo. Dijo que de manera espontánea y voluntaria ha adelantado funciones de administración del edificio, pues la administradora Mary Pérez de Abreo no está allí, porque abandonó el lugar y no entregó cuentas. Confesó que cuando la administradora se fue, la demandante cobraba directamente la administración a los copropietarios. Aseguró que tiene unas liquidaciones porque de manera voluntaria le ayudaba a hacer las cuentas a la accionante de quien pagaba y le adeudaba. Refirió ser propietaria de una oficina en el edificio que equivale a menos del 1% de la copropiedad y confesó que la demandante abría y cerraba el edificio, barría las zonas comunes del edificio, pero nunca hizo aseo en oficinas. También, que las llaves del edificio las tienen la demandante y su padre lo cual cualquiera puede hacerlo porque no hay orden en el edificio.

A solicitud de los demandados se practicó interrogatorio de parte a la demandante, quien manifestó que Mary Abreo fue su empleadora por dos años en una fábrica de helados, luego ella le dijo que llevara la hoja de vida al edificio y se la entregó a Hernando Molina. Refirió que no recibió pagos de otros copropietarios del edificio por sus servicios, lo que pasaba era que ellos pagaban a los demandados y estos a la vez eran quienes le cancelaban a ella su remuneración de manera directa. Dijo que tenía a su cargo la función de abrir el edificio y hacerle aseo tres veces por semana. Confesó que antes inició proceso en el que demandó a todos los copropietarios del edificio la que se encuentra en curso en el Juzgado 38 y que presentó derecho de petición a los copropietarios del edificio solicitando el reconocimiento de acreencias laborales porque así se lo indicaron en la Defensoría del Pueblo.

De otro lado, la parte demandada solicitó decretar y practicar los testimonios de Néstor Iván Gómez, Elizabeth González Mancilla, Juan Gaspar Doria y Adriana Carolina González Zea; no obstante, el apoderado desistió de la práctica de los tres primeros. La testigo González Zea manifestó que es empleada del edificio de la señora Celis, dijo conocer a la

demandante desde el 2004 y haberse retirado en el año 2015. Dijo que fue secretaria de los señores Molina, de quienes aseguró no fueron los empleadores de la demandante precisando que esa calidad la tenían los copropietarios del edificio. Señaló que el demandado tenía una relación totalmente comercial con el edificio y que la demandante hacía aseo en zonas comunes y cuidaba la entrada, nunca observó que prestara servicios dentro de las oficinas. Al ser cuestionada sobre el salario de la accionante dijo que los copropietarios daban una parte y con eso se le pagaba. Aseguró que a la demandante se le realizaba un recibo de administración y ella misma pasaba y cobraba a los copropietarios, aseguró la testigo que muchas veces le elaboró el recibo por colaborarle. Refirió que las llaves del edificio las tenía la señora Flor y el Señor Hernando.

La parte demandada allegó al proceso comunicación adiada del 25 de julio de 2017, en la que la Defensoría del Pueblo informa a los *“COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO MAURICIO RESTREPO”* que la demandante se hizo presente a esa entidad al señalar que *“se encuentra vinculada hace más de 13 años con la Copropiedad en calidad de Portería-Auxiliar Servicios Generales, salario mínimo legal mensual vigente, horario 7:00 a.m. a 6:00 p.m. (f.º30 y 31).* Igualmente, allegó formulario de atención y consulta en la Defensoría del Pueblo (f.º87), derecho de petición de agosto de 2017, mediante el cual la demandante requiere a los copropietarios del edificio Mauricio Restrepo para que le hagan entrega de los contratos de trabajo suscritos, del otro sí, de la copia de la afiliación a las diferentes entidades de seguridad social, también solicita le realicen el aumento de salarios desde el año 2005 hasta el año 2017 (f.º 33 y 34), citación para audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo dirigida al edificio Mauricio Restrepo y certificados de tradición – matrícula inmobiliaria de distintos inmuebles (f.º 36 a 351).

Aportó, acta n.º 003 *“DE LA REUNIÓN DE COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO MAURICIO RESTREPO DE LA DIAGONAL 15 NO 25-20 de BOGOTÁ”* celebrada el 9 de febrero de 1988, según la cual para la época el demandado Hernando Molina era el propietario de 9 oficinas, habiéndose presentado a la reunión 11 propietarios de otras 23 oficinas. en esta

reunión se decidió legalizar la copropiedad y se designó una junta directiva en la que el demandado fue elegido como tesorero (f.º 378 a 382). También obra documento denominado transacción suscrito entre la propietaria de una de las oficinas del edificio señora María Estrella Pérez de Abreo y Codensa S.A. (f.º 383 y 386).

Adicionalmente, aportó la pasiva liquidaciones de contratos así: del 3 de marzo de 2004 al 3 de marzo de 2007 (f.º 392), del 4 de marzo de 2007 al 31 de diciembre de 2007 (f.º 393), y las correspondientes a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, y 2016 (f.º 394 a 402), documentos que dan cuenta de la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones y que tienen en el aparte destinado al empleado la firma de la demandante, sin que hayan sido tachados o desconocidos por la parte accionante. Fotografías de un inmueble en el que aparece además un local comercial que es utilizado por una persona para la venta de alimentos en cafetería, no obstante, las mismas no permiten individualizar el inmueble, tampoco la fecha en que fueron tomadas, ni las personas que allí aparecen (f.º 407 a 417). Obran recibos de caja que tienen membrete con el nombre del *“Edificio Mauricio Retrepo – ADMINISTRACIÓN”* y en el que se relacionan distintas sumas de dinero recibidas por la demandante como persona autorizada y canceladas por diferentes personas dentro de las que puede leerse *“Rodimontes, Indaber, Manuel Vargas, MHE S.A.S, RICARDO PARRA OFICINA 421 Y 422, Oficina 421, Oficina 409,k para los meses de marzo y mayo de 2013, julio y junio de 2014, abril y agosto de 2015 y febrero de 2016 (f.º 418 a 422)*, recibos de servicios públicos de energía que figuran a nombre de María Pérez de Abreo y se registra como dirección del inmueble al que pertenece la calle 15 n.º 25-20 ap 200 (f.º 424 a 433).

Puestas de esta manera las cosas, estima la Sala que la demandante logró demostrar que prestó sus servicios personales al demandado Hernando Molina, pues así lo relataron los testigos Nini Johanna Celis, José William Bello Vásquez, Santiago Marín, Carlos Javier Cabrejo Murcia y Fernando de Jesús Cabrejo Murcia, quienes afirmaron haber presenciado al demandado impartirle órdenes a la accionante respecto de la portería y el aseo de las zonas comunes, incluso algunos de ellos refirieron que cuando

llegaban mercancías de propiedad del señor Molina era la demandada quien la descargaba y la subía a la oficina de éste.

Por tal motivo, estima la Sala que contrario a lo argumentado en el recurso de apelación, los demandados no logran demostrar que la promotora del juicio era empleada del edificio Mauricio Restrepo, pues si bien, conforme al dicho de los testigos y los interrogatorios de parte la demandante tenía a su cargo abrir, cerrar la puesta de acceso de un edificio llamado Mauricio Restrepo y hacer aseo a las zonas comunes del mismo; lo cierto es que también quedó probado con el dicho de los señores Nini Johanna Celis quien ha trabajado en una de las oficinas de edificio desde el año 2004 y Carlos Javier Cabrejo propietario de una oficina en el referido inmueble, que a los demás copropietarios se les hacía un cobro mensual, pero para cubrir servicios públicos.

Conviene señalar que, aunque a folios 418 a 423 fueron aportados unos recibos de caja, estos no son demostrativos de que copropietarios del edificio distintos a los demandados cancelaban el salario a la accionante. En efecto, los mismos dan cuenta del pago de diferentes sumas de dinero, pero no se especifica el concepto. Con todo, en el membrete de los mismos se puede leer “ADMINISTRACIÓN”, así que resulta irrelevante que contengan la firma de la demandante y que no hayan sido tachados o desconocidos.

Asimismo, la demandada María del Pilar Molina señaló que las únicas personas que tenían llaves del edificio eran la demandante y el demandado señor Hernando Molina, afirmación que coincide con el dicho de los testigos Nini Johanna Celis y Carlos Javier Cabrejo.

De otro lado, es conveniente señalar que las liquidaciones de prestaciones sociales correspondientes a los años 2004 a 2016, allegadas por la parte demandada no tienen membrete del edificio o señal alguna que permita a la Sala concluir que los servicios que se remuneraban eran los prestados de manera exclusiva al edificio y que el demandado Hernando Molina actuaba como mero administrador, para esta manera

liberarse de las condenas impuestas, pues ningún medio de prueba aportó para corroborar que había sido designado por todos los copropietarios o junta directiva para administrar el edificio, menos aún probó la organización de la propiedad horizontal y su dicho y el de su hija también demandada no cumple con tal finalidad demostrativa.

Al punto recuérdese que el artículo 32 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

*“a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, **administradores**, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador};*

b) Los intermediarios.”

Como quiera que en el presente asunto el demandado Hernando Molina no probó haber sido designado por los demás copropietarios del Edificio Mauricio Restrepo para administrar las zonas comunes y la portería del mismo, y en todo caso, no demostró haber manifestado tal calidad a la demandante y como quiera que se verificó que era él quien le impartía órdenes y, además la única persona adicional a la accionante que contaba con las llaves de edificio, está llamado a responder por las obligaciones laborales reclamadas en juicio, tal como acertadamente concluyó el juzgado de primera instancia.

Por último, no pasa por alto la Sala que en comunicación remitida por la Defensoría del Pueblo y en citación para audiencia de conciliación, se hizo referencia a los copropietarios del edificio como deudores de las acreencias laborales, lo cierto es que en el proceso se demostró que el demandado actuó por su cuenta y contrató y remuneró los servicios de la demandante.

Así las cosas, se tiene que el demandado Hernando Molina faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, pues no probó los hechos en los cuales fundó su defensa, en consecuencia, está llamado a responder por las obligaciones laborales derivadas del vínculo de trabajo.

2. De la prescripción

Frente al punto de la prescripción extintiva, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código

de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Para dilucidar el punto, en el asunto bajo examen conviene señalar que conforme a lo consideró el *a quo* y no fue discutido en esta instancia, el contrato de trabajo que unió a la demandante y el demandado Hernando Molina finalizó el 31 de diciembre de 2016. También se verifica que la presente demanda fue interpuesta el 25 de octubre de 2018 (f.º 12) esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. No obstante, como quiera que el vínculo laboral inició el 3 de marzo de 2004, el juez consideró que se encontraban prescritos los derechos causados con anterioridad al 25 de octubre de 2015, salvo por cesantías y aportes a seguridad social en pensiones.

Sobre el particular, debe señalarse que en primera instancia se condenó al pago de diferencia sobre las cesantías causadas en los años 2005, 2006 y 2007 y como quiera que este derecho se hace exigible a la terminación del contrato, por lo que frente al mismo no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

De otro lado, se impuso condena por el pago de aportes a seguridad social en pensiones correspondientes al periodo en el cual el vínculo de trabajo estuvo vigente, esto es, entre el 3 de marzo de 2004 y el 31 de diciembre de 2016 a través de un cálculo actuarial.

Sin embargo, el argumento tendiente a que se declare la prescripción por este concepto tampoco está llamado a prosperar, pues al tratarse de una obligación encaminada a financiar la pensión de vejez del

demandante, que es de carácter vitalicio, fundamental e irrenunciable, el pago de los títulos pensionales a transferir es imprescriptible (SL2590-2020).

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style with a large initial 'A'.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2017 00174 01
DEMANDANTE: JENNY CECILIA ROZO RUIZ
DEMANDADO: ALMACENES ÉXITO S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de noviembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del despido acontecido el 12 de marzo de 2014. En consecuencia, se ordene el restablecimiento del contrato de trabajo en las mismas condiciones en que se encontraba hasta antes de ser despedida, a pagar los salarios, junto con los reajustes legales, las prestaciones sociales, vacaciones, auxilios legales y extralegales, cotizaciones al sistema de seguridad social dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta que se verifique el reintegro. A pagar la indexación de las condenas, los demás derechos que deban ser reconocidos en aplicación de los principios *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

Subsidiariamente, declarar la nulidad del despido ocurrido el 12 de marzo de 2014, por consiguiente, se condene a la demandada a reintegrarla sin solución de continuidad. A cancelarle los salarios dejados de percibir, la bonificación "*Pole Position*" por cumplimiento de resultados

a partir de junio de 2014, generadas durante el tiempo que estuvo desvinculada y hasta que se produzca el reintegro, las prestaciones sociales, vacaciones. Como segundas pretensiones subsidiarias, solicita se declare que su despido fue injusto, por tanto, se condene a la demandada a cancelar la correspondiente indemnización, la indexación correspondiente los demás derechos a reconocer en aplicación de los principios *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó con la empresa Carulla Vivero S.A. el 30 de mayo de 1994, mediante contrato de trabajo a término indefinido y posteriormente mediante sustitución patronal continuó con las labores para la demandada Almacenes Éxito Inversiones S.A.S. hasta el 12 de marzo de 2014. Señaló que el cargo para el cual fue inicialmente vinculada fue el de promotora de marca propia y desempeñó como último cargo el de Líder Almacén Éxito Niza en la ciudad de Bogotá, bajo un horario de lunes a domingo de 6:00 a.m. a 5:00 p.m. y en varias ocasiones hasta el cierre del almacén, con derecho a un día compensatorio entre semana.

Adujo que tuvo como funciones la apertura o cierre del almacén, montaje de los pedidos de panadería fresca, frutas y verduras, carnes rojas, pescadería congelada, huevos charcutería y comida, manejo de personal y manejo de nómina, entre otras, la cuales desarrolló de manera personal y continua. Refirió que como último salario devengó \$1.750.000 mensuales, cancelados en pagos quincenales.

Narró que el 11 de marzo de 2014, previa citación que le hiciera el 10 de marzo de 2014, se presentó ante la señora Darly Keila Torres Bermeo Jefe de Gestión Humana a rendir descargos relacionados con los hechos acontecidos el 24 de febrero de 2014, según los cuales se hallaron productos vencidos en la cava de la charcutería y en el shut de basura. Expuso que en esta oportunidad puso de presente que respecto de los productos en la cava había hecho el reporte y había hablado con Laura Ramírez, persona responsable a nivel nacional de delicatessen, quien le dijo que los productos navideños debían permanecer en el punto de venta

hasta la fecha de su vencimiento. Señaló que la decisión de dar de baja el pavo obedeció a que había estado exhibido hasta el día de vencimiento por lo que lo llevó a la cava con los demás productos que no eran aptos para el consumo humano y también porque fue informada que al día siguiente recibiría visita del jefe regional quien revisaría todos los procesos del almacén y al encontrar los productos en la cava, generaría un problema gravísimo.

Como consecuencia del procedimiento disciplinario la demandada el 12 de marzo de 2014 presentó la carta de terminación del contrato, por considerar que los productos hallados en la cava de charcutería y en la basura estaban vencidos, que estableció que autorizó a una colaboradora de la sección de charcutería para que botara a la basura 7.7 kilos de pavo relleno sin previa autorización de su jefe inmediato o de las personas autorizadas en la empresa para tal fin, no cumplió con el procedimiento de manejo de averías en almacenes.

Señaló que la decisión tomada por la empleadora estuvo viciada en el procedimiento y no tuvo en cuenta que la actuación desplegada estaba plenamente justificada por la presión ejercida por la visita avisada el día anterior, porque cumplió con la orden impartida por la responsable a nivel nacional, según la cual los tenía que dejar para oportunidad de venta y aun así quedó un pavo, porque consideró que al dar de baja un producto vencido no apto para el consumo humano evitaría un problema para el almacén, consideró que su única opción era la destrucción y que ello no ocasionaba un perjuicio al empleador. Refirió que la demandada violó el numeral 2 del artículo 74 de reglamento interno de trabajo y no respeto los derechos fundamentales al debido proceso (f.º 2 a 11).}

Al contestar la demanda la convocada a juicio Almacenes Éxito S.A. señaló que no podía pronunciarse respecto de las pretensiones porque estaban dirigidas a Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., persona jurídica diferente. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con el tiempo de prestación de servicios y la sustitución patronal. Frente a los demás, adujo

que estaban dirigidos contra Almacenes Éxito Inversiones S.A.S y no contra Almacenes Éxito S.A.

En defensa de sus intereses, propuso las excepciones previas de inexistencia de la sociedad demandada y prescripción. Formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, la inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, la de inexistencia de la sociedad demandada, y las demás declarables oficiosamente (f.º 103 a 115).

Por auto del 5 de febrero de 2018 se dispuso la notificación personal a la demandada Almacenes Éxito Inversiones S.A.S (f.º 182), la cual contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos señaló que es cierto que la demandante prestó sus servicios a Carulla Vivero, pero negó que entre esta y Almacenes Éxito Inversiones S.A.S se hubiera presentado sustitución patronal. Frente a los demás, manifestó que no eran ciertos.

Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, la inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, pago, y las demás declarables oficiosamente (f.º 216 a 222)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de noviembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Almacenes Éxito S.A. vigente entre el 30 de mayo de 1994 y el 12 de marzo de 2014, en virtud del cual desempeñó como último cargo el de Líder de Almacén Éxito Niza, con un último salario de \$1.740.000. Condenó a Almacenes Éxito S.A. a reconocer y pagar a la demandante \$23.495.400 por concepto de indemnización por despido injustificado. Condenó a la demandada a pagar las costas del proceso (f.º 80 y 81).

Como sustento de su decisión, concluyó que la demandante incurrió en omisiones en el ejercicio de su cargo, pero sus actuaciones no encajan en ninguna de las causales previstas para dar por terminado contrato de trabajo contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo y mucho menos en el reglamento interno del trabajo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte demandante argumentó que debe ordenarse a la demandada indexar la condena por cuanto la documental y testimonial quedaron claramente establecidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el supuesto hecho que dio origen a la causal de despido, esto es, que básicamente había justificación plena para que la demandante tomara la decisión respecto de los productos que ya habían fenecido en el tiempo.

Aseguró que debían tomarse en consideración la prueba testimonial aportada donde las mismas compañeras de trabajo relacionan las situaciones como fue que se desarrolló y que incluso una de ellas asumió la responsabilidad de tomar una decisión por su cuenta, independientemente de adoptada por la demandante. Arguyó que las medidas que se tomaron con base en las circunstancias establecidas en los manuales, en el reglamento interno, en el modo y trato de este tipo de productos, por lo que evitó que ocurriera un perjuicio muy grave para la misma empresa, es decir, que en ningún momento hubo ninguna actuación que estuviera contraria a los intereses de la empresa, por lo que solicitó al Tribunal que en segunda instancia revise el material probatorio documental y testimonial.

Por su parte, la demandada sostuvo que como ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia el empleador al terminar el contrato de trabajo debe narrar los hechos o señalar las normas que considera pueden ser violadas y es al juzgador a quien le corresponde subsumir esos hechos

en las normas del Código Sustantivo del Trabajo. Al punto preciso, que las actuaciones desplegadas por la demandante se subsumen en las causales que ameritan la terminación del contrato, pues ella con su conducta engañó a la empresa demandada en el sentido de evitar que con la visita que llegaba al día siguiente se percibieran las cifras por los productos vencidos o por los productos dados de baja. Aseguró que ese es el fondo de la situación y eso explica el proceder de la demandante que botó los productos, pero no los descargó, para demostrar que el almacén no estaba dando pérdidas por fuera del límite, así que cuando se altera esa merma o pérdida el negocio no da utilidades y hay que establecer medidas para que ello no ocurra.

Argumentó, que se trató de inducir al juzgado en error para que no se configurara o no se demostrara la negligencia y el descuido de los administradores del punto de venta donde prestaba servicio la demandante por su misma actividad, pero ello no quiere decir que si se pierde muchísimo dinero no se deba mencionar o no se deba cargar en el sistema, resaltó que la conducta de la demandante fue ocultar la información al botar los productos y no cargarlos al sistema de manera que la persona que venía hacer la visita verificaba el sistema y no aparecían las pérdidas o las mermas en que había incurrido la demandante en su gestión en la parte de charcutería.

Alegó que existe pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que a al juzgador le está vedado el hecho de desconocer la calificación que dieron las partes a una determinada conducta y ello ocurrió, porque en el Reglamento Interno de Trabajo incorporado, en el artículo 79 numeral 7º, señala dañar las edificaciones, materiales, equipos, herramientas y otros elementos pertenecientes a la empresa intencionalmente o por descuido. Que el hecho de permitir que los productos que manejaba la demandante en el ejercicio de su cargo se dañaran y no cumpliera con el procedimiento para darlos de baja, igualmente está incorporado en el expediente, pues configura esa falta grave.

Dijo que también se configuraba la causal prevista en el numeral 19 del artículo 79 que refiere que todo daño material causado por descuido a los edificios, obras, maquinas, equipos, herramientas, materias primas, mercancías, instrumentos y demás objetos relacionados. Arguyó que sin lugar a dudas que la actividad de la actora fue descuidada y negligente, por eso se enmarca en esas dos causales porque afectó las materias primas y los productos que comercializaba almacenes Éxito S.A, de manera que el juez de primera instancia desconoció la calificación de grave que dieron las partes en el reglamento interno a la conducta omisiva que cometió la aquí demandante, por esas razones la demandada debe ser absuelta de pagar indemnización por despido injustificado.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Por razones de método, la Sala atenderá en primer lugar el recurso de apelación que interpuso la demandada referente a que demostró las justas causas para dar por terminado el contrato, que en síntesis devienen en una actividad descuidada y negligente de la demandante que encuadran en las causales previstas en los numerales 7º y 19 del Reglamento Interno de Trabajo.

1. Del recurso de apelación de la parte demandada

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018).

En el mismo sentido se recuerda el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual contiene una obligación referente a que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de*

esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos». (Negrilla fuera del texto). Tal deber tiene, dos propósitos fundamentales, por un lado, garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y, por otra, impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo posterior para evitar indemnizarlos.

En esa línea de pensamiento, encontramos la sentencia C-594 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, quien al momento de analizar la exequibilidad del citado párrafo y en aplicación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó que:

8- La Corte considera que para poder determinar si el cargo del actor es válido, es necesario comenzar por precisar el alcance de la obligación que impone la norma demandada, la cual ordena a aquel que termine unilateralmente un contrato de trabajo señalar a la otra parte, "en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación", ya que "posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos". El actor entiende que la norma simplemente obliga a la parte que da por terminado el contrato a señalar en abstracto una causa legal de terminación del contrato. Sin embargo, la Corte no comparte esa interpretación, pues esta disposición debe ser interpretada conforme al principio de buena fe (CP art. 83) y de acuerdo a su propia finalidad, que es precisamente permitir que la parte conozca con precisión cuáles son las razones por las cuales la otra parte ha decidido unilateralmente dar por terminado el contrato, invocando una justa causa. En ese orden de ideas, se entiende que cuando ese párrafo señala que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar unilateralmente el contrato, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo. Así lo ha entendido la doctrina y la propia jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, con criterios que la Corte Constitucional comparte plenamente. En efecto, según esa Corporación, esa norma obliga a expresar "la causa o motivo de la ruptura, a fin de que la parte que termina unilateralmente el contrato no pueda sorprender posteriormente a la otra alegando motivos extraños que no adujo". Por ello esa misma Corporación ha considerado que para que se entienda cumplida esa obligación "lo que importa es que la parte afectada se entere del hecho justificante", por lo cual ha precisado al respecto:

Conforme al párrafo del mismo artículo, la parte que hace cesar el contrato debe expresar en el momento de la terminación del mismo cuáles son los motivos concretos y exactos que tiene para tomar esa determinación, sin que posteriormente pueda invocar razones o causas distintas.

Si fuera permisible en la carta de despido se enumeran las causales genéricas que traen el código o una determinada disposición para dar por fenecido justamente el contrato de trabajo, tendría la parte que despidió tanta amplitud para hacer encajar dentro de esas causales y ya en el juicio, cualquier comportamiento, actitud o manifestación de la parte afectada, que podría equivaler a justificar el despido con posterioridad a su realización, lo cual es a todas luces inadmisibile.

Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 4 de septiembre de 2017(f. º 48 y 49), informa al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

(...)

“Una vez analizada el acta de descargos por usted rendida y los documentos soporte del informe e investigación, se pudo evidenciar que:

-Los productos hallados el 24 de febrero de 2014 en la cava de charcutería y en la basura estaban vencidos, que Usted autorizó a una colaboradora de la sección de charcutería para que botara a la basura 7.7 Kg de Pavo Relleno Excellence sin previa autorización de su jefe inmediato o de las personas autorizadas en la empresa para tal fin.

-No se cumplió oportunamente con el procedimiento manejo de averías en almacenes, definido por Almacenes Éxito para la totalidad de los productos vencidos hallados el 24-02-14 en la cava de Charcutería y en basura del Almacén Éxito Niza.

-Usted omite su deber d ser verídico en todo caso.

-Usted omite su obligación de informar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes para evitar daños y perjuicios.

-Usted incumple la prohibición a los trabajadores de la empresa de cometer errores injustificados en el manejo de productos que impliquen pérdida.

Hechos como los anteriores cometidos por Usted, generan afectación a la empresa incrementando la merma en el almacén Éxito Niza y constituyen una evidente violación a sus obligaciones como Líder en el Almacén Éxito Niza, se observa de su parte además la falta de cuidado, incumplimiento en los procedimientos, normas y reglamentos establecidos por la Organización, para garantizar la misión de la Compañía.

Por lo anterior, la empresa ha decidido dar por terminado con justa causa su contrato de trabajo el día de hoy 12 de marzo de 2014. Se fundamenta la decisión en el artículo 7º del Decreto Legislativo 2351 de 1965 del Código Sustantivo del Trabajo y normas concordantes del Reglamento de Trabajo.

Conforme a lo anterior, se advierte que la demandada termina el contrato de trabajo en síntesis porque la actora arrojó a la basura productos vencidos sin previa autorización y, en todo caso, sin cumplir el procedimiento establecido por la demandada para el manejo de averías y productos vencidos, por lo que faltó a su deber de ser verídica y de

informar a la empresa los hechos que considerara pertinentes para evitar daños y perjuicios.

Para demostrar la configuración de la justa causa invocada la demandada solicitó practicar interrogatorio de parte a la accionante, quien al absolverlo aceptó que los descargos obrantes en el expediente corresponden a los rendidos por ella. Confesó que conoce y fue capacitada en el procedimiento para manejo de averías al explicar que: *“lo que se hacía según las BPM era sacar la parte de charcutería con 7 días de anticipación antes de que venciera el producto según la norma, este producto se sacaba por las encargadas en el momento del punto de venta, ellas sacaban el producto daban aviso, se sacaba y se dejaba en la cava de refrigeración como cambio porque había proveedores que tenían cambio, como un “mano a mano” me traían el producto y se descargaba cuando el proveedor me trajera el producto. O si era por distribución tocaba enviar un correo. Después de vencido se retiraba porque no es apto para el consumo del cliente”*. Confesó que Zully Jimena Amaya Bolaños le informó que había productos para vencerse y explicó que las dos se sentaron y la demandante envió un correo en el que solicitó un descuento del 50% hasta cierta fecha para poder gestionar antes de que se venciera el producto, precisó que puso en conocimiento del vencimiento de los productos al jefe gerente en su momento Nubia Salazar, a Raúl Acosta y al señor Valentín Herrera que eran los encargados de prevención-pérdidas.

Relató que Martha Cecilia Mórea Cobos le informó de los productos vencidos que estaban charcutería y en la cava, precisó que estos estaban fuera de exhibición y del alcance del cliente, se encontraban en la cava y que no se podían botar hasta que la regional Medellín autorizara para poderlos descargar. Aseguró que, aunque como líder tenía autonomía para botar productos no podía hacerlo con estos por ser importados y los había mandado a distribución, entonces por eso no se habían descargado en el sistema. Indicó que esta función la tenía *“Valentín”* y confesó que *“el tema del pavo sí, yo fui la que di la orden de botar ese pavo porque ya no estaba en condiciones para tenerlo más en la cava, pero se anotó y yo al siguiente día iba a hablar con la gerente”*. Aseguró, que no ocultó ni negó que

hubiera mandado botar el pavo, dijo que al otro día indicó cuál era el código y la cantidad confesando que estaba pendiente la autorización de la gerente. Refiere que al rendir descargos: *“en ningún momento yo negué mi responsabilidad ante nadie, sí, yo asumí mi responsabilidad yo autorice y lo boté, en ningún momento quería ocultar, igual quedó anotado en un cuaderno esto, por el tema de la visita si lo hice por susto de la niña que iba a estar pero todo relacionado siempre yo era comunicada con la gerente Nubia Salazar”*.

De otro lado, la demandada solicitó decretar y practicar los testimonios de **Valentín Herrera Salguero** y Yemmi Yanira Sánchez Santafe, este último que no se practicó como quiera que la parte interesada desistió de la prueba. El primero, manifestó estar vinculado con la demandada y sabe que el contrato de la demandante terminó por omisión de los procedimientos establecidos en el reglamento interno de trabajo de la compañía y explicó que los líderes en tienda tienen unas responsabilidades y deberes ceñidos a una directriz de la compañía, pues trabajan con alimentos que tienen unas especificaciones de vía útil, deben acatar unos controles de inventarios, reportar al sistema todas las descargas o novedades que haya con el inventario. Refirió que la persona encargada y responsable de hacer la descarga de los productos vencidos o averiados era el líder de la sección, pero podía autorizar a los auxiliares operativos y el líder tiene que ver qué es lo que le botan de esa sección y validar a si es procedente descargar la mercancía.

Señaló la testigo que dentro de sus funciones para la época en que ocurrieron los hechos, como par de la demandante - líder de abastecimientos y la demandante - líder de frescos - estaba la de autorizar que se cargaran las mermas o pérdidas que sufría el almacén las cuales podían ser hasta del 1% sobre las ventas del almacén, pues si se pasa de esa tasa ya incurre en malos procedimientos, pero explicó que de todas formas se cargaba y de no hacerse ello *“obedecía a malas prácticas de los empleados, por evitar un llamado de atención o para mostrar resultados mentirosos, botan mercancía sin reportarla para tener buenos resultados pero eso afecta los indicadores de la tienda.”* Indicó que en el punto no se

pueden tener productos vencidos porque no está permitido, además que en el almacén se pueden cambiar siempre y cuando estén señalizados en las cavas pendientes de algún tipo de definición, *“si no está señalizado da a entender que las tiendas están omitiendo algún tipo de procedimiento”*.

Expuso que el procedimiento que establece la compañía para el manejo de averías es que se debe descargar del sistema sea que esté vencido o que tenga problemas de calidad, se debe retirar el producto del punto de venta, llevarlo a la zona donde se hacen las descargas por medio de una máquina que escanea y debe quedar registrado. Advirtió que los productos se deben destruir, romper su empaque, separar el empaque del producto físico y se le debe echar un cloro para el tema de alimentos evitar que cuando salga a las basuras alguna persona lo vaya a consumir. Dijo que no vio que en las cavas hubiera mercancía señalada, la que vio estaba en la basura.

La parte demandada allegó además acta de diligencia de descargos realizada a la demandante el 11 de marzo de 2014 (f.º 117 a 121), que aceptó la accionante haber absuelto y en la que indicó haber recibido entrenamiento para adelantar el cargo de líder, aceptó conocer el procedimiento definido por la compañía para realizar el trámite de averías en el almacén, precisó que el producto no apto para la venta, que ya este vencido se debe votar, descargarlo en el sistema. Expresó que le dio la instrucción a su subalterna Martha Morera de botar a la basura pavo relleno que se encontraba vencido y en la cava de charcutería omitiendo descargarlo del sistema *“porque es un resultado que os va a afectar a todos en los resultados de avería o de merma, soy consciente que en el momento omití descargarlo en el sistema pero yo siempre le comento a mi jefe inmediata (Gerente) porque hay un límite para el descargue diario hay un tope en pesos. Yo le iba a contar a mi jefe al siguiente día de la decisión que tomé de botar el pavo, yo siempre le cuento hasta lo más mínimo”*. Además, consintió la determinación de botar el pavo porque fue informada que al día siguiente tendrían visita en el almacén y les revisarían todos los procesos

La demandante al ser cuestionada por las razones por las cuales no adelantó el proceso de averías señaló que: *“En su momento yo lo que hice fue solicitar el descuento del producto, el mandar a botar el pavo lo hice en el momento porque con la presión de la visita, el encontrar este producto en la cava iba a ser un problema grandísimo para el almacén...”*. Luego, cuando se le preguntó en que consideraba que había fallado manifestó *“en no dar ejemplo, en mandar a botar el producto, en no informarle inmediatamente a la jefe lo que iba hacer, en no avisar en el momento inmediato y pensar que iba a contar el día siguiente”*.

De otro lado, aportó la parte demandada a folios 129 a 159, Reglamento Interno de Trabajo que en su artículo 73 señala las prohibiciones a los trabajadores, dentro de las cuales puede leerse en el numeral 35: *“Cometer errores injustificados en el manejo de dinero, productos, bienes, o instrumentos de trabajo que impliquen pérdida amenaza o peligro común”*. En el numeral 37 *“Ejecutar acciones que sean contrarias a la empresa, la moral, intereses y buen nombre de la misma”*.

En la misma norma interna de trabajo se indican en el numeral 19 de su artículo 79, como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo *“Todo daño material causado por descuido a los edificios, obras, máquinas, equipos, herramientas, materias primas, mercancías, instrumentos, y demás objetos relacionados con el trabajo”*. En el numeral 20 se lee que *“Todo descuido en el trabajo que afecte o pueda afectar la seguridad del personal, de las máquinas, equipos, mercancías e instalaciones”*. Asimismo, el numeral 46 dispone *“Ejecutar acciones con perjuicio a la empresa, intereses y buen nombre”*.

Aportó la demandada documento denominado *“PROCEDIMIENTO, MANEJO DE AVERÍAS EN ALMACENES”* (f.º 165 a 179) que en el acápite correspondiente define que la avería es la pérdida total de *“aquellos productos que NO pueden ser reparados o restablecidos en su apariencia, o presentación normal u original para su venta al público. Normalmente se presentan como rotos, quebrados, vencidos, nonos descompuestos o con contenido inferior al establecido y **deben ser retirados del sistema como***

pérdida total. Esta mercancía se clasifica de acuerdo a su estado en *mercancía aprovechable o inservible*”.

Ahora bien, conforme a los medios probatorios antes relacionados estima la Sala que la parte demandada demostró con suficiencia que la accionante incurrió en conductas reprochables, consistentes en la determinación de ordenar botar a la basura mercancía vencida, sin adelantar el procedimiento de descargue del sistema de control correspondiente implementado por la demandada, el cual manifestó conocer. Circunstancias que resultan probadas con lo confesado al absolver interrogatorio de parte la propia accionante, con lo señalado por ella misma en la diligencia de descargos, lo dicho por los testigos y con el contenido del procedimiento para manejo de averías.

Así las cosas, resulta claro para el Tribunal que la demandante desatendió la obligación prevista en el numeral 1º del Código Sustantivo de Trabajo consistente en *“realizar personalmente la labor en los términos estipulados **observar los preceptos del reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes**”* (Negrilla fuera del texto).

Bajo ese panorama, la demandada si cumple con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del trabajo, pues demuestra que la demandante incurrió en las conductas descritas en la carta de terminación del contrato, que son violatorias del Reglamento Interno de Trabajo y se ajustan en todo caso a lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, pues es claro que la demandante incurrió en violación grave a sus obligaciones.

En consecuencia, la Sala revoca los numerales segundo y cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada de reconocer y pagar a la demandante indemnización por despido injustificado y declarar probada la excepción de cobro de lo no debido. Por las resultas del proceso no se analiza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver a la demandada ALMACENES ÉXITO S.A. de pagar a la demandante Jenny Cecilia Rozo Ruiz la indemnización por despido injustificado.


SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar, declarar probada la excepción de coro de lo no debido.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ángela Lucía Murillo Varón', written over a horizontal line.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2019 00035 01
DEMANDANTE: RUTH ESTELLA HUERTAS DE GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES --
COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Conforme al memorial de folio 55, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.024.463.217 y T.P. n.º 291.785 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. n.º 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública n.º 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 58 a 63).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 12 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar debidamente indexado el incremento del 14% por persona a cargo desde el momento en que le fue otorgada la pensión de vejez, junto con los intereses moratorio, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución n.º 11020 de 2006, la demandada le reconoció pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1º de abril de 2006. Refiere que convive con su esposo Julio Cesar Gómez Sosa, quien depende económicamente de él, pues no labora ni percibe pensión alguna y con quien convive desde el 15 de diciembre de 1973, cuando contrajeron matrimonio. Finalmente, señala que el 6 de agosto de 2018, reclamó administrativamente, sin que la administradora se haya pronunciado (f.º 16 a 23).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el reconocimiento de la prestación de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990 y la presentación e la reclamación administrativa.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 35 a 39).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de marzo de 2020, absolvió a Colpensiones de las pretensiones de la demanda y condenó a la parte demandante a pagar las costas del proceso incluyendo como agencias enderecho la suma de \$250.0000 (f.º 49 y 50).

En sustento de su decisión, indicó que conforme a reciente sentencia de la Corte Constitucional sólo pueden acceder a los incrementos por persona a cargo aquellos que hayan causado el derecho con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, requisito que no cumple el accionante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para que sea revocada la sentencia y, en su lugar, otorgar el incremento por persona a cargo, como quiera que se demostraron los requisitos de convivencia, dependencia económica con el cónyuge y ausencia de percepción de pensión o subsidio en cabeza del mismo. Alegó que la sentencia de unificación no es una decisión unánime de parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional, pues presenta cuatro salvamentos de voto. Señaló que, si bien la demandante no tenía un derecho adquirido, si tenía una expectativa legítima fundada en la confianza legítima y la sentencia de la Corte Constitucional transgrede los principios rectores y básicos del derecho sustancial, procesal y de la seguridad social, tales como el de favorabilidad, *indubio pro operario*, seguridad jurídica y debido proceso.

Alegó que para la época en que fue interpuesta la presente demanda ordinaria la sentencia SU140-2019 no había sido emitida y, por el contrario, la Corte había señalado reiterativamente que los incrementos se encontraban vigentes, generándose inseguridad jurídica, por lo que el Tribunal debe apartarse de la sentencia de unificación y conceder el incremento.

Solicitó aplicar la tesis planteada por la Corte Suprema de justicia según la cual los incrementos por persona a cargo se mantienen vigentes y, de no acogerse los argumentos de apelación, se debe revocar la condena en costas, pues la demandante actuó de buena fe al interponer la demanda dado el criterio imperante para la época que concedía los incrementos por persona a cargo.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo o, por el contrario, tal como concluyó el *a quo* por haberse causado la pensión del actor con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho al reconocimiento a los mismos.

Se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º 011020 de 2006, la demandada reconoció a la actora pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de abril de 2006, al ser beneficiaria del régimen de transición (f.º 9).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531 y 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Al respecto, aportó el demandante como pruebas la certificación expedida por el Notario Cuarto del Círculo de Bogotá que da cuenta del

matrimonio celebrado entre ella y el señor Julio Cesar Gómez el 15 de diciembre de 1973, documento que no informa sobre divorcio de la pareja o liquidación de la sociedad conyugal (f.º 10), y el certificado de afiliación a la EPS Sanitas de la demandante (f.º 14).

Igualmente, se decretaron los testimonios de Mario Andrade Lozano, Gerardo Alfonso Daros, Laura Victoria Mutis Mosquera, no obstante, el primero de ellos no fue practicado como quiera que la demandante desistió de su práctica. Los demás testigos refieren conocer a la demandante y su esposo desde hace muchos años, una debido a la amistad y el otro, porque es el yerno por lo que saben que nunca se han separado y conviven bajo el mismo techo. Fueron coincidentes en señalar que la actora es quien siempre ha velado por el sustento del hogar dado que el esposo no trabaja, pues ocasionalmente vende inmuebles o hace algunas diligencias por las que le reconocen algo. Aseguraron que la pareja tiene dos hijas mayores de edad y profesionales que no les colaboran de manera permanente.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que el cónyuge de la demandante depende económicamente de ésta, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones, por lo que en principio sería procedente acceder a las mismas. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, se acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma

anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

En el presente asunto, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida al actor mediante Resolución n.º. 011020 del 28 de marzo de 2006 (f.º. 9) y la reclamación administrativa se presentó el 9 de agosto de 2018 (f.º. 34, CD expediente administrativo), es decir, por fuera del término trienal previsto en los preceptos legales enunciados, por lo que en el presente asunto el fenómeno extintivo operó de forma total tal como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento.

Finalmente, argumenta la parte demandante que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso como quiera que actuó de buena fe y el cambio jurisprudencial fue lo que le llevó a perder el proceso.

Sobre el particular, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la parte accionante por este concepto, como quiera que no fue concedida ninguna de las pretensiones de la demanda, por lo que no es procedente revocar la sentencia en este punto.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se confirma la decisión analizada, pero por las razones expuestas en precedencia.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de marzo de 2020 por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

astaracini de vots

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RUTH ESTELLA HUERTAS DE GOMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2019 00035 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

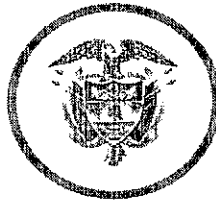
La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2018 00477 01
DEMANDANTE: ANA JACINTA QUIROZ FAGUA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Conforme al memorial de folio 62, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía n.º 1.024.463.217 y T.P. No. 291.785 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. n.º 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública n.º 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 67 a 72).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el incremento del 7% por su hijo en condición de discapacidad a partir 1º de septiembre de 2004, cuando le fue reconocido el derecho pensional, con la correspondiente indexación, los

intereses moratorios, los demás derechos que resulten probados ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución n.º 025084 del 25 de agosto de 2005, la demandada le reconoció pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición. Refiere que convive con su hijo en condición de discapacidad de nombre Eduin Andrés Roncancio Quiroz a quien provee el sustento, pues su condición no le permite trabajar, valerse por sí mismo y además no recibe ningún tipo de pensión. Finalmente, expone que reclamó administrativamente el 30 de noviembre de 2016, la cual fue negada por la entidad (f.º 3 a 10).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión y la reclamación administrativa. Respecto de los demás manifestó no constarles.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, cobro de lo no debido, buena fe, la inexistencia del derecho y de la obligación, así como las demás declarables de oficio (f.º 28 a 34).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de febrero de 2020, condenó a la demandada a pagar debidamente indexado incremento pensional por hijo en situación de discapacidad sobre la pensión mínima a partir de febrero de 2020. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a la demandada (f.º 53).

En sustento de su decisión, indicó que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia los incrementos por persona a cargo se encuentran

vigentes; sin embargo, se apartó en cuanto a la prescripción, al señalar que tan solo estaban afectadas por dicho fenómeno los incrementos causados 3 años antes de presentada la reclamación administrativa.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que los incrementos reclamados no integran la pensión de vejez reconocida a la accionante, pues el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 especificó cuáles son los elementos que se mantienen vigentes para los beneficiarios del régimen de transición y no los incluyó. Igualmente, que en sentencia SU 140-2019 la Corte Constitucional determinó que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, los incrementos desaparecieron del ordenamiento jurídico.

IV. DE LA CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo.

Para dilucidar la controversia, se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º. 025084 de 2004 la demandada reconoció a la actora pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del

1º de septiembre de 2004, al ser beneficiaria del régimen de transición (f.º 16).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531 y 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y, en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Al respecto, se aportaron como pruebas, la copia de registro civil que da cuenta del nacimiento de Eduin Andrés Roncancio Quiroz el 7 de noviembre de 1990, que acredita ser hijo de la demandante y el señor Segundo Efraín Roncancio Ariza (f.º 19); documento en el que se indica como porcentaje de pérdida de capacidad laboral del hijo de la demandante el 50.25%, estructurada el 29 de abril de 2008, de origen común por "*retardo mental*", con sello de Mediempresarial Ltda (f.º 20), y

certificación emitida por la Nueva EPS el 12 de abril de 2016, que da cuenta que Eduin Andrés Roncancio Quiroz se encuentra afiliado en calidad de beneficiario desde el 1º de agosto de 2008 (f.º 21).

Igualmente, se solicitó la practica del testimonio de Diana Constanza Ruiz, Maribel Torres Osorio y Nancy Navarro Gómez, el primero de los cuales no fue practicado por no haberse presentado la deponente a la hora y fecha señalada para adelantar la audiencia. Los testigos restantes coincidieron en señalar que la demandante es quien tiene a su cargo el cuidado y manutención de su hijo quien padece de Síndrome de Down, además que recibe una cuota alimentaria de parte del padre y un subsidio correspondiente a un mercado de parte del gobierno.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que el hijo de la promotora del juicio cuenta con 29 años de edad, padece una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y depende económicamente de ella, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demuestra los supuestos en los que funda sus pretensiones, por lo que en principio serían procedentes. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, se acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son

exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

En el presente asunto, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida al actor mediante Resolución n.º. 025084 de 25 de agosto de 2004 (f.º. 16) y la reclamación administrativa se presentó el 30 de noviembre de 2016 (f.º. 17) es decir, por fuera del término trienal previsto en los preceptos legales enunciados, por lo que en el presente asunto el fenómeno extintivo operó de forma total.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se revoca la decisión analizada, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

No se causan costas en la consulta, ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de febrero de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra conforme a las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *adlocutionem de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA JACINTA QUIROZ FAGUA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2018 00477 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

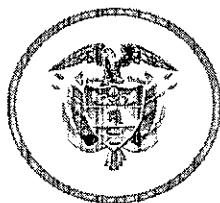
La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absoluta es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2018 00384 01
DEMANDANTE: ANDREA MARCELA SOTO BARBOSA
DEMANDADO: GRUPO EUROSITEM S.A.S. Y JARDINERIA
IBEROAMERICANA S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual inició el 1° de mayo de 2017 y finalizó el 23 de diciembre de la misma anualidad. Se declare que la finalización del contrato obedeció a causas imputables a los empleadores. En consecuencia, se condene a los demandados a cancelarle salarios correspondientes a 15 días, prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, comisiones relacionadas en las facturas de los meses de mayo, julio, agosto, noviembre y diciembre de 2017, aportes a pensión, dotaciones, indemnización por haber provocado la renuncia de la trabajadora, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, intereses moratorios sobre las sumas adeudadas hasta que se verifique el pago de las obligaciones, la indexación correspondiente, los demás derechos que deban ser reconocidos en aplicación de los principios *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1º de mayo de 2017 celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido con los señores José Damian Cano Carretero y David Bernabeu de Los Reyes como empleadores representantes de las empresas Grupo Eurosistem S.A.S. y Jardinería Iberoamericana S.A.S.. Señaló que se desempeñó como asesora comercial en la ciudad de Medellín en la venta de ventanas en PVC y venta de partes de piezas de madera plástica, bajo un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y sábados de 8:00 a 12:00, con una hora de almuerzo y bajo órdenes de sus empleadores. Dijo que recibió como remuneración la suma de \$2.000.000, pagaderos en dos quincenas cada una de \$1.000.000, además acordaron el pago de una comisión del 3.5%.

Refirió que el 15 de diciembre de 2017, se produjo una discusión con los empleadores debido a que el señor David le cobró unos cambios realizados por un cliente, los cuales no fueron culpa de la demandante sino de la producción de la empresa, lo anterior tuvo como consecuencia el despido por parte de sus empleadores al señalarle que la trabajadora entregaba los reportes tarde y no era eficiente en su labor lo que generaba pérdidas para las empresas.

Narró que la demandada Jardinería Iberoamericana S.A.S. no le canceló las comisiones de los meses de mayo, junio y agosto de 2017 y la demandada Grupo Eurosistem S.A.S no le pagó las comisiones de noviembre y diciembre de 2017. Aseguró que el valor de la comisión se obtenía de la totalidad del valor de la factura incluyendo el IVA en las dos empresas. Las demandadas no le han cancelado salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social e indemnizaciones de Ley.

De otro lado, señaló que el vínculo laboral finalizó el 23 de diciembre de 2017, debido al no pago de las acreencias laborales pactadas y al maltrato verbal del que fue víctima (f.º 2 a 11 y 47 a 49 subsanación).

Por auto del 13 de septiembre de 2018 se ordenó emplazar a las demandadas (f.º 60. Publicaciones f.º 62) no obstante, estas contestaron a través de apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones. Respecto de

los hechos, manifestaron que ninguno de ellos es cierto. Señalaron que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios en virtud del cual la demandante desempeñó su actividad comercial con autonomía técnica.

En defensa de sus intereses propusieron las excepciones de inexistencia de contrato laboral, la de cobro de lo no debido, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 83 a 93 y 95 a 104).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó a la demandante a pagar las costas del proceso (f.º 175).

Como sustento de su decisión, concluyó que la actora no logró demostrar los extremos temporales en los que eventualmente se dio la prestación personal de servicio, la que en todo caso no encontró suficientemente probada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que se demostraron los requisitos de existencia del contrato de trabajo, pues la demandante siempre ha vivido en la ciudad de Sogamoso y para poder trabajar con las demandadas tuvo que desplazarse a la ciudad de Medellín, probándose así la prestación del servicio.

Adujo que la subordinación se demuestra con las actividades que se presentan en el dropbox, evidenciándose que era la encargada del seguimiento con los compradores y de rendir los informes. Además, se probó que la señora Yajaira le daba las indicaciones para que prestara bien sus servicios y así poder tener clientela. Indicó que el pago de salario

se encuentra probada con el dicho del señor David quien manifestó que le eran cancelados \$2.000.000.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, en consecuencia, la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales.

1. Del vínculo laboral

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado

demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación personal del servicio la demandante solicitó decretar el testimonio de Gabriel Jaime Obando López, ordenado realizar mediante despacho comisorio a la ciudad de Medellín, no obstante, el mismo no fue practicado.

A solicitud de la parte actora fue practicado el interrogatorio de parte del representante legal de las demandadas, señor David Reyes quien confesó que la demandante mediante contrato de prestación de servicios le atendía clientes de manera puntual, realizó algunas cotizaciones que no fueron muchas. Aseguró que las demás funciones de coordinación e instalación eran ejecutadas por una persona que se enviaba directamente desde Barranquilla. Confesó que le pagaba a la demandante \$2.000.000. y que no le impartía órdenes e insistió que la demandante le colaboraba en unos temas específicos. Dijo que la accionante era autónoma e independiente por lo que no tenía que darle ningún permiso, también que para mayor organización de los clientes se hizo un dropbox, en el que se evidencia que atendía un cliente.

La parte accionante además allegó comunicación denominada "*INFORME*" mediante la cual se señala como tiempo laborado el comprendido entre el 1º de mayo de 2017 y el 23 de diciembre de 2017,

allí manifiesta algunas observaciones respecto de la prestación de sus servicios las inconformidades de algunos clientes (f.º 19 y 20), y adjunta cuentas de cobro por asesoría comercial Medellín Antioquia (f.º 25 a 29). sin embargo, estos documentos ni siquiera están suscritos por la demandante y menos aún tienen constancia de haber sido recibidos por los demandados. También allega cotizaciones efectuadas a diferentes cotizaciones realizadas al cliente Juan Carlos Corredor de fechas 25 de mayo, 16 de junio, 9 de julio y 9 de agosto del año 2017, documentos con los cuales no es posible verificar que haya sido la demandante quien las hubiere gestionado, menos aún que los productos allí ofrecidos hayan sido adquiridos por el cliente. (f.º 21 a 24).

Asimismo, aportó al proceso cuadro denominado “*VISITA AGOSTO 2017*” en los que se relacionan fechas números de contacto y gestión realizada, sin que pueda inferirse de los mismos quien adelantó la gestión o para quien fueron prestados los servicios (f.º 30 a 38). Hoja denominada “*dropbox*” en el que únicamente se indica “*Comercial- Andrea Soto. EUROSISTEM ANTIOQUIA*” (f.º 39). Presentó también correos electrónicos dirigidos por la demandante a *gerencia@gndgroip.com.co* en los que solicita el 15 de noviembre de 2017 información sobre el estado de obra del proyecto Juan Carlos Corredor y luego información sobre quien realizó con el mismo cliente el negocio para el proyecto “*entre colinas*”. Correo electrónico del 9 de febrero de 2018 dirigido por la demandante a la misma dirección electrónica recordando que estaban pendientes cuentas de cobro correspondientes a su trabajo y comisiones con Jardinería Iberomericana S.A.S. del año 2017 (f.º 40 y 41).

Por su parte, la parte actora allegó declaración extra proceso suscrita por Gabriel Jaime Obando López en la que manifiesta que conoce a la demandante desde el año 2017 debido a la actividad comercial que esta realizaba para la empresa Eurosistem S.A.S. y en virtud de la cual celebró negocios con ella, como consta en contrato firmado el 2 de junio de 2017 (f.º 42). Conviene señalar que respecto de esta prueba la parte demandada pidió su ratificación en el proceso y aunque la recepción del testimonio fue ordenada por despacho comisorio a la ciudad de Medellín,

el mismo no se surtió ante a inactividad de los demandados según quedó consignado en auto del 14 de noviembre de 2019 (f.º 172).

De otro lado, la parte demandada solicitó decretar y practicar los testimonios de Camilo Andrés Camargo Parra y María Yajaira Parra Escobar, el primero de los cuales no fue practicado pues la parte interesada desistió del mismo. La deponente Parra Escobar manifestó que labora al servicio de las demandadas como asesora comercial desde el año 2016. Dijo que conoció a la demandante por una llamada telefónica como para marzo o abril (sin señalar de que anualidad), en la que la accionante le informó que iba a ser asesora externa y le pidió toda la información necesaria para brindar a los clientes. Aseguró que la demandante manejaba su tiempo, estaba ubicada en Medellín y los clientes de esta ciudad llamaban a la testigo y esta a su vez los direccionaba a la demandante quien si quería los atendía, pues tenía otras ocupaciones. Dijo que la relación entre la demandante y las empresas terminó porque ella no vendió nada, no hizo nada. Aseguró que nunca le impartió órdenes a la accionante, simplemente le pasaba datos de contacto para que llamara a los clientes. Que no monitoreó a la demandante, tampoco le pidió informes y sabe que solo los rindió al final.

Por solicitud de la demandada fue practicado el interrogatorio de parte a la demandante quien manifestó que empezó a laborar el 1º de mayo de 2017, cuando viajó a Medellín a recibir una serie de instrucciones para atender clientes y cerrar posibles negocios. Aseguró que el seguimiento lo hacía la señora Yajaira que era la persona que le daba los datos de contacto de los clientes y los lugares a los que debía ir, es decir ella era quien le direccionaba y le asignaba las tareas diarias. Confesó que ella no buscaba los clientes estos le eran referidos por Yajaira y por David.

Así las cosas, analizados en conjunto los medios probatorios arrojados al proceso, resulta claro para la Sala que la parte accionante logró demostrar la prestación personal del servicio, pues al absolver el interrogatorio de parte el representante legal confesó tal hecho, sin embargo, manifestó que se trataba de un servicio puntual, en igual

sentido, al contestar la demanda las encartadas señalaron que la relación que medió con la demandante no fue un contrato laboral sino de prestación de servicios.

No obstante, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

En horizonte, no es suficiente demostrar la prestación del servicio, sino que deberán corroborar además aquellas situaciones fácticas necesarias para llegar al convencimiento del juez, tales como los extremos temporales de la relación alegada, la asignación salarial y la jornada laboral, pues no puede el juzgador entrar a suponer tales situaciones, para llegar a una condena, por lo tanto, corresponde a la parte que alega, la carga de probarlos. La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

“Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.”

En el asunto bajo examen la promotora del juicio aunque solicita declarar la existencia del contrato de trabajo entre el 1º de mayo y el 23 de

diciembre de 2017, no aportó ningún medio de convicción que permita a la Sala concluir que en este periodo prestó sus servicios personales de manera continua. En efecto, el señor Gabriel Jaime Obando en su declaración manifiesta que conoció y tuvo trato comercial con la demandante en el año 2017 y que suscribieron un negocio en junio de dicha anualidad (f.º 42) y como se indicó en su oportunidad, la promotora del juicio allegó una serie de documentos cotizaciones y listados de actividades por ella generados que no contienen ninguna constancia de haber sido recibidos o tramitados por alguna de las demandadas, por consiguiente, no pueden tenerse como prueba de la prestación del servicio en una época específica, pues recuérdese que no le está permitido a las partes crear pruebas en beneficio propio.

Así las cosas, es claro que el Tribunal no puede entrar a determinar condena alguna, máxime cuando no está probada la prestación continua e ininterrumpida del servicio.

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



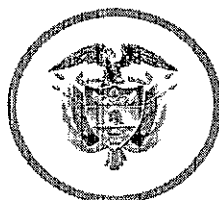
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2018 00399 01
DEMANDANTE: AGUSTINA ALFONSO PIRAZÁN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Conforme al memorial de folio 96, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.024.463.217 y T.P. No. 291.785 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 98 a 111).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del causante Luis Carlos Méndez a partir del 20 de octubre de 1999, junto con los intereses moratorios.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió con el señor Luis Carlos Méndez desde mayo el año 1973 hasta el 20 de octubre de 1999, cuando se produjo el deceso de su compañero. Señaló que solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, no obstante, la entidad contestó de forma negativa al argumentar que no se reunían los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 y, en su lugar, le reconoció indemnización sustitutiva.

Señaló que el 10 de abril de 2018 solicitó la revocatoria directa del acto administrativo, sin recibir aun respuesta por parte de la entidad. Refirió que su compañero contaba con más de 300 semanas cotizadas por lo que en atención a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, dejó causado el derecho a la pensión reclamada (f.º 15 a 19).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Colpensiones se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de fallecimiento del causante, el estado de afiliación para ese momento, la reclamación de la prestación, la respuesta negativa de la entidad y el reconocimiento de la calidad de beneficiaria de la accionante

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 43 a 46).

Por auto del 30 de mayo de 2019, se dispuso vincular en calidad de litis consorcio necesario a Carmen Elisa Méndez Alfonso como hija del causante a quien dispuso tener por notificada por conducta concluyente (f.º 71), por auto del 23 de julio de 2019, se tuvo por no contestada la demandada respecto de la misma (f.º 73).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de marzo de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar

a la accionante pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Luis Carlos Méndez, a partir del 20 de octubre de 1999 inicialmente en un 50% de la mesada pensional y a partir 15 de marzo del año 2013 se aumenta a un 100%. Determinó la mesada inicial en la suma de \$282.530,15 y ordenó el pago de la prestación a razón de 14 mesadas al año. Condenó a la entidad a pagar el retroactivo pensional causado a partir del 10 de abril de 2015 hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina. Asimismo, dispuso a la demandada a cancelar intereses moratorios sobre cada mesada pensional a partir del 10 de abril de 2015 y a pagar las costas del proceso (f.º 90).

Como sustento de su decisión, señaló que el causante cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior al deceso, por lo que resulta procedente reconocer la pensión reclamada al amparo de la Ley 100 de 1993. Determinó que como quiera que la hija del causante alcanzaba los 25 años de edad en el año 2013, solamente a partir de esta anualidad la demandante podía disfrutar del 100% de la mesada pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La parte demandante lo hizo al señalar que la condena por concepto de intereses moratorios debe ser calculada no desde la solicitud de revocatoria directa sino desde que se produjo el deceso del causante.

Por su parte, la demandada alegó que la fecha de referencia tomada por el Juzgado para determinar la prescripción es incorrecta, como quiera que se trató de la presentación de una segunda solicitud que no tenía vocación de interrumpir el fenómeno extintivo. De otro lado, argumentó que en la demanda se pidió reconocer la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y como quiera que el afiliado falleció en el año 1999 la norma anterior a la que tuvo que haberse remitido el juez era el Decreto 758 de 1990 y en ese evento no hubiera reconocido los intereses moratorios.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al amparo de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios.

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Luis Carlos Méndez falleció el 20 de octubre de 1999 según consta en registro civil de folio 2, (f.º2), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con el artículo 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993 en su versión original. Disposición legal, que establece que para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado que fallezca, que: **a.)** el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere efectuado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; **b.)** al haber dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Advierte la Sala que el causante estuvo afiliado al ISS y cotizó 451.71 semanas, cuyo último importe lo realizó para el periodo de octubre de 1999 (f.º83 a 85). En consecuencia, acredita los requisitos para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en la primera de las hipótesis previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues al estar cotizando al momento del deceso acredita más de 26 semanas en cualquier época, tal como acertadamente concluyó el *a quo*.

Conviene precisar que el entonces Instituto de Seguros Sociales al realizar la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes reconocida a las beneficiarias del causante visible a folios 5 a 7, tan solo tuvo en cuenta 400.42 semanas y registró como último periodo cotizado el correspondiente a septiembre de 1995. No obstante, la Sala tomo en consideración el reporte allegado por la parte demandante a folios 83 a 85, en el cual se registran cotizaciones para el año 1999, cuya información se aproxima a la registrada por Colpensiones SUB 149117 del 6 de junio de 2018, allegada por la demanda en CD contentivo del expediente administrativo visible a folio 70, en la que se indica que el causante cotizó a lo largo de su vida laboral 450 semanas y que el último periodo cotizado corresponde a octubre de 1999.

1. De la calidad de beneficiaria de la demandante

Se encuentra demostrado que el entonces Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución n.º 00755 de 24 de enero de 2001, reconoció a la demandante indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Carlos Méndez (f.º 3). Por consiguiente, al no ser un asunto en discusión la demandante acredita la calidad de beneficiaria de la pensión reclamada.

Sobre el particular, tuvo la oportunidad de pronunciarse la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 31055 de 12 de diciembre de 2007, en los siguientes términos:

“Conforme a lo anterior, ciertamente el Instituto de Seguros Sociales a través de la resolución de marras, admitió que el actor era beneficiario de la indemnización sustitutiva, más concretamente por ostentar la condición de compañero permanente de la asegurada fallecida y, en esas condiciones, erró el juzgador en la apreciación de esta prueba, desatino que indudablemente lo condujo a la comisión del yerro que le imputa la censura.

Se dice lo anterior por cuanto los beneficiarios de la indemnización sustitutiva a que hace referencia el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, son los mismos a los que se remite el artículo 47 ibídem, que señala quienes “son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes”, entre los cuales incluye al compañero (a) permanente supérstite del afiliado o pensionado. Por lo tanto, si los requisitos para la pensión de vejez no estaban satisfechos para la fecha de fallecimiento, los eventuales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes son los mismos de la indemnización sustitutiva, lo que quiere decir que quienes no tuvieron la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, tampoco lo serán para la referida indemnización

2. De la prescripción

En el caso bajo estudio, se verifica que el derecho se causó el 20 de octubre de 1999 (f.º 2), la demandante reclamó el pago de la pensión de sobrevivientes el 1º de marzo de 2000, la cual fue negada por la entidad mediante Resolución n.º 00755 del 24 de enero de 2001 (f.º3 y 4) y la presente demanda fue interpuesta el 5 de julio de 2018 (f.º39), es decir, por fuera del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción afectó los derechos causados con anterioridad al 05 de julio de 2015, por lo que se hace necesario modificar la sentencia analizada, como quiera que

declaró prescritos los derechos causados con anterioridad al 10 de abril de 2015.

3. De la liquidación de la pensión

Pues bien, para determinar el valor de la mesada pensional debe darse aplicación al artículo 48 de la Ley 100 de 1993, el que dispone que *“el monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación”*. En consecuencia, como quiera que el causante cotizó 451 semanas, no tiene derecho a que su tasa de reemplazo sea incrementada.

Ahora, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 dispone que el ingreso base para liquidar es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Precizando que cuando el promedio del ingreso base, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

En el presente asunto, en alcance a la norma, como quiera que el causante cotizó 451 semanas (f.º83), los salarios para determinar el ingreso base de liquidación son los correspondientes a los últimos 10 años. Así las cosas, realizadas las validaciones correspondientes, se determinó que el ingreso base de liquidación obtenido de conformidad con el artículo 21 de la ley 100 de 1993, asciende a \$638.956 que al serle aplicada la tasa de reemplazo del 45%, arroja un valor de mesada inicial para el año 1999 de \$287.530, esto es una suma superior a la establecida

por el juez de conocimiento, que lo fue de \$282.530, suma que no será modificada como quiera que la parte demandante no apeló sobre este punto.

4. De la mesada 14

Ahora bien, frente al mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

Paralelamente, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.* Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

Puestas cosas de esta manera, como el deceso del señor Luis Carlos Méndez se produjo el 20 de octubre de 1999 (f.º2), esta la es fecha en la que se causó para la demandante el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, en consecuencia, tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14 tal como acertadamente concluyó la jueza.

5. De los descuentos para salud

De otro lado, resulta procedente autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo del demandante, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994 (**SL2376-2018**). Por lo anterior, adicionará, la sentencia apelada para autorizar a Colpensiones a realizar los descuentos correspondientes del retroactivo al que haya lugar.

6. De Los dineros causados por indemnización sustitutiva

Resulta procedente autorizar a Colpensiones a descontar la suma de dinero reconocida y entregada a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes mediante Resolución n.º 00755 del 24 de enero de 2001, la cual deberá ser debidamente indexada desde el momento de su pago (f.º 3 y 4).

7. De los intereses moratorios

De otra parte, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta, para este tipo de pensiones, el período de gracia de dos (2) meses que concede el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 contados contados a partir de la

radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Considera la Sala que es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues una vez solicitada la pensión de sobrevivientes el 1º de marzo del año 2.000, la entidad se negó a reconocerla. En consecuencia, se causan intereses moratorios mes a mes a partir del 1º de agosto de 2015, fecha en que se hizo exigible la mesada pensional correspondiente al periodo julio de 2015, respecto del cual no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción según las consideraciones del aparte correspondiente.

En consecuencia, la sentencia analizada también será modificada en este punto, como quiera que la jueza consideró que los intereses moratorios se causaban a partir del 10 de abril de 2015.

(i) Del recurso de apelación de la parte demandada

Argumenta la parte accionante que deben serle reconocidos intereses moratorios a partir del momento en que ocurrió el fallecimiento del causante, pues desde aquel entonces la entidad se encuentra en mora de reconocer el derecho.

Al punto, precisa la Sala que el tema ya fue tratado al analizar la Sala la decisión de primera instancia en grado de consulta. Por lo que no se volverá sobre el asunto en este punto.

(ii) Del recurso de apelación de la parte demandada

Argumenta la demandada que en la demanda se solicitó el reconocimiento de la prestación al amparo de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 y que por ello no era procedente analizar el reconocimiento de la prestación de conformidad con la Ley 100 de 1993, pues esto implica para la entidad la carga de pagar intereses moratorios.

Sobre el particular, baste recordar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado (SL10146-2017, reiterada en SL450-2018). Ahora, como quiera que el causante acredita los requisitos previstos en la norma vigente para el momento de su deceso, esto es, la Ley 100 de 1993, en manera alguna es procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa para reconocer la pensión de sobrevivientes, además porque este principio opera en determinadas circunstancias y una de ellas es que el afiliado no cumpla con los requisitos previstos en la norma que gobernaba el asunto para el momento del deceso, lo que no sucede en el asunto bajo examen.

De conformidad con las anteriores consideraciones surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación la Sala modificará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la apelación ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de indicar que la demandada debe cancelar el retroactivo causado a partir del 5 de julio de 2018.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia consultada en el sentido de indicar que la demandada deberá cancelar intereses moratorios sobre cada una de las mesadas generadas a desde el

5 de julio de 2015, a partir del 1º de agosto de 2015 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

TERCERO: ADICIONAR la decisión analizada en el sentido de AUTORIZAR a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el porcentaje correspondiente a la cotización en salud.

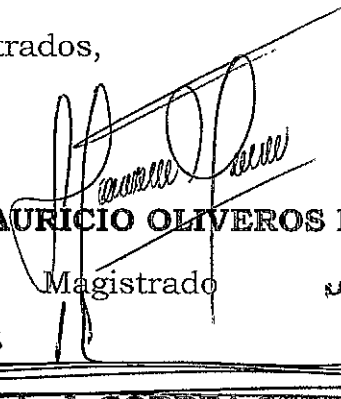
CUARTO: ADICIONAR la sentencia consultada para AUTORIZAR a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional, la suma de dinero reconocida y entregada a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes mediante Resolución n.º 00755 del 24 de enero de 2001, la cual debe ser debidamente indexada desde el momento de su pago.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin COSTAS en la consulta, ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

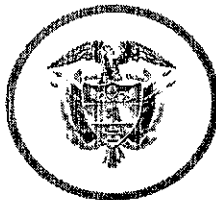
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2019 00190 01
DEMANDANTE: MARÍA LIBIA BELTRÁN DE BECERRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de mayo de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que al momento del fallecimiento del señor Argemiro Becerra, él ya había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, se condene a la demandada a sustituirle la prestación en calidad de cónyuge supérstite desde la fecha en que murió su esposo, los intereses moratorios, los demás derechos que haya lugar reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Argemiro Becerra nació el 12 de octubre de 1941 y era beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años y acreditaba más de 750 semanas cotizadas para el 29 de julio de 2005, cuando entró en vigencia el Acto Legislativo de 2005, en total logró

acumular 1003 semanas, de las cuales 921.71 fueron cotizadas directamente al Instituto de Seguros Sociales y 81.42 al Estado.

Refirió que contrajo matrimonio con el afiliado el 27 de junio de 1964, con quien convivió de manera ininterrumpida desde esta data hasta que se produjo el deceso, que lo fue el 6 de julio de 2010. Que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la cual fue negada por la entidad (f.º 2 a 7).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con el nacimiento del causante, su defunción, la reclamación de la prestación a la entidad y la repuesta negativa a la misma. Frente a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle los mismos.

En su defensa, propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y/o competencia por ausencia de agotamiento administrativo ante entidad pública y las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la buena fe, prescripción y las demás declarables de oficiosamente (f.º 25 a 35).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de mayo de 2020, declaró que Argemiro Becerra dejó causado el derecho a la pensión de vejez, cuyo disfrute se dio a partir del 1º de julio de 2004, en cuantía de \$ 358.000. Además, que María Libia Beltrán de Becerra tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su esposo a partir del 6 de julio de 2010, en cuantía equivalente al salario mínimo, con los incrementos legales anuales y las mesadas adicionales. Condenó a la demandada a pagar intereses moratorios a partir del 18 de abril de 2011 hasta que se verifique el pago de la obligación. Igualmente, autorizó a Colpensiones a realizar los descuentos correspondientes al sistema de salud. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada. (f.º 90 a 93).

Como sustento de su decisión, señaló que el causante Argemiro Becerra dejó causada la pensión de vejez al amparo de la Ley 100 de 1993 y la demandante acreditó los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que no es procedente el reconocimiento de intereses moratorios como quiera que durante el trámite administrativo no se encontraban acreditados los tiempos del Ministerio de Defensa, por tanto, la entidad dio estricto cumplimiento a la ley al negar el derecho. De otro lado, solicitó verificar las liquidaciones realizadas en primera instancia.

IV. DE LA CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el cónyuge de la demandante dejó causado el derecho a la pensión de vejez al amparo de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como quiera que la jueza de conocimiento determinó que si bien era beneficiario del régimen de transición en razón a la edad no acreditaba el requisito de semanas o tiempos de servicios previstos en normas anteriores para acceder a la pensión de vejez o jubilación. Paralelamente, se establecerá si hay lugar al

pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la misma disposición.

1. De la pensión de vejez

El artículo 33 de la citada ley de seguridad social, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que el afiliado hombre haya alcanzado los 62 años de edad y acreditar haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, precisa la norma que a partir del 1º. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1º. de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

Una vez, realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el causante a lo largo de su vida laboral acreditó 1019 semanas cotizadas, según se colige del certificado laboral BONO-18592-MDAGAG-12, emitido el 18 de octubre de 2005 por el Ministerio de Defensa Nacional, en el que se indica que el accionante prestó servicios como soldado desde el 1º de noviembre de 1959 hasta el 30 de mayo de 1961 (f.º 82 a 84); periodo que valga señalar fue tenido en cuenta por la administradora de pensiones en la Resolución GNR 263017 de 18 de octubre de 2013 (f.º 11 y 12). Además, se tomó en consideración el reporte emitido por Colpensiones el 27 de enero de 2020, según el cual también se puede establecer que la última cotización correspondió al periodo junio de 2004 (f.º 60 a 64).

Ahora, el causante nació el 12 de octubre de 1941, según consta en registro civil (f.º 8), por consiguiente, alcanzó los 60 años de edad el 12 de octubre de 2001, lo que permite concluir que causó el derecho a la pensión en enero de 2004, data para la cual acreditaba no sólo la edad requerida, sino además las 1000 semanas cotizadas exigidas en aquella época por la ley. En consecuencia, tal como acertadamente lo concluyó la jueza de conocimiento, el señor Argemiro Becerra si dejó estructurada la pensión de vejez.

1.1. De la cuantificación de la pensión y número de mesadas

Como quiera que la prestación de vejez fue determinada en un salario mínimo legal mensual vigente de la época, la Sala no entra a realizar ninguna validación, pues la parte demandante no interpuso recurso de apelación y, en todo caso, la prestación no podría ser reconocida en una suma menor.

De otro lado, al causarse el derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la prestación debe ser cancelada en 14 mesadas al año, tal como quedó establecido en la sentencia analizada.

2. De la pensión de sobrevivientes

Pasa ahora la Sala a verificar si la promotora del juicio acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Frente al punto, la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Argemiro Becerra falleció el 6 de julio de 2010, según consta en registro civil, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Particularmente, el literal a). del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 el cual señala que *“en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;”*

Pues bien, para demostrar la convivencia con el pensionado, la accionante aportó registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado con el causante el 27 de junio de 1964, el cual no presenta nota marginal alguna de liquidación de la sociedad conyugal o divorcio (f.º 10). Allegó las declaraciones extra proceso suscritas por José Sagrario Silva Muñoz el 24 de enero de 2019 y Carlos Humberto Chaves Jiménez el 11 de enero de 2019, en las que manifiestan que conocen a la demandante, el primero desde hace más de 50 años y, el segundo, desde el año 1993, por lo que les consta que estuvo casada con Argemiro Becerra, con quien compartió techo, lecho y mesa de forma continua desde que contrajeron matrimonio hasta el 6 de julio de 2010, día del fallecimiento. Declararon además que la pareja procreó 5 hijos, todos mayores de edad y con independencia económicamente (f.º 16 y 17).

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de José Sagrario Silva Muñoz y Carlos Humberto Chaves Jiménez, sin embargo, solamente se practicó el primero ante la inasistencia a la fecha y hora señalada para practicar la diligencia del otro testigo. Silva Muñoz refirió que la demandante es hermana de su esposa, por lo que le consta que se casó por el rito católico con el causante y nunca se separaron; además que la pareja tuvo 5 hijos y que en la actualidad convive con una de sus hijas; precisó que el causante vendía chance y allí le dio una taquicardia.

A solicitud de la parte demandada fue practicado interrogatorio de parte a la demandante, quien al absolverlo manifestó que se casó con el causante el 27 de junio de 1964, nunca se separaron, y que él murió en el trabajo a raíz de un ataque cardíaco.

En ese horizonte, analizadas en conjunto de las pruebas allegadas, se considera que María Libia Beltrán de Becerra si acredita la calidad de cónyuge del causante, que no se divorciaron y que su sociedad conyugal no fue liquidada, pues como se indicó ninguna nota marginal contiene el registro civil de matrimonio aportado al proceso y anexado al momento de reclamar la pensión ante la entidad, concluyéndose que el acto jurídico del matrimonio no cesó sus efectos civiles.

Igualmente, estima la Sala que la promotora del juicio logra demostrar el requisito de convivencia de 5 años en cualquier tiempo. Ello, como quiera que conforme a las declaraciones extra proceso y al dicho del testigo, la pareja mantuvo su convivencia de manera permanente y de forma ininterrumpida desde que contrajeron matrimonio y hasta el momento en que se produjo el deceso del causante, esto es, por más de 40 años.

Así las cosas, se concluye que la promotora cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la seguridad Social, pues demuestra que convivió con el causante en un periodo de tiempo superior a 5 años, por lo que si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del momento del fallecimiento - 6 de julio de 2010 - en la misma suma que le es reconocida a su cónyuge, esto es, en proporción al salario mínimo legal mensual vigente para esta anualidad (f.º 9).

2.1. De la prescripción

En el caso bajo estudio, se verifica que la causación del derecho se dio el 6 de julio de 2010 (f.º 9), cuando se produjo el deceso del señor Argemiro Becerra. Igualmente, se observa que se reclamó a la entidad el reconocimiento de la prestación el 18 de febrero de 2011 (f.º 11), la cual fue negada a través de la Resolución GNR 263017 del 18 de octubre de 2013 (f. 11 y 12); que inconforme interpuso recurso de reposición el que fue atendido por Colpensiones mediante Resolución VPB43055 de 30 de noviembre de 2016, en el que confirmó el acto administrativo inicial (f.º 13 a 15), además, la presente demanda se presentó el 11 de marzo de 2019 (f.º 20), es decir, dentro del término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que el fenómeno extintivo de la prescripción no afectó ninguna de las mesadas pensionales a las que tiene derecho la accionante.

2.2. De los descuentos para salud

De otro lado, tal como lo ordenó el juzgado de conocimiento, si resulta procedente autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo del demandante, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994 (**SL2376-2018**).

3. De los intereses moratorios

Considera la Sala que es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues una vez solicitada la pensión de sobrevivientes el 18 de febrero de 2011, la entidad se negó a reconocerla pese a que contaba con la información correspondiente al periodo en que el causante prestó servicios al Ministerio de Defensa. En consecuencia, se causan intereses moratorios mes a mes a partir del 18 de abril de 2011, respecto de las mesadas

causadas a partir del 6 de julio de 2010 y hasta que se verifique el pago de la obligación, por lo que resulta procedente imponer la condena solicitada en la demanda, tal como quedó dispuesto en la sentencia objeto de consulta.

Conviene precisar que en este caso que no existe una razón atendible para que Colpensiones se negara al pago de la pensión, dado que el conteo de los tiempos públicos servidos se da en virtud de la aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con las anteriores consideraciones, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirma la decisión analizada.

No se causan costas en la instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

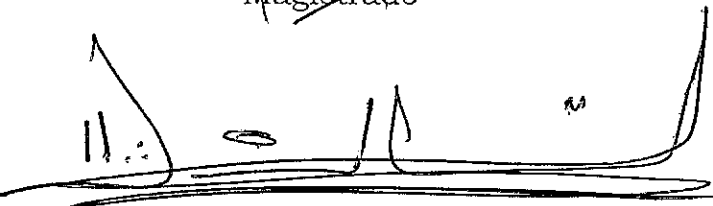
SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



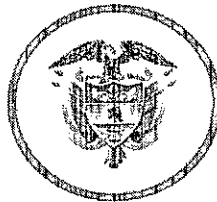
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2017 00544 01
DEMANDANTE: ADRIANO NOVOA VARGAS
DEMANDADO: FUNDACIÓN MUJER DEL NUEVO MILENIO
FUNDAMIL

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 15 de noviembre de 2016 al 2 de febrero de 2017, momento en que finalizó el vínculo por causas imputables al empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar los salarios en el periodo referido, la liquidación definitiva de prestaciones sociales, las vacaciones, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, la sanción moratoria, la indemnización por despido injusto, a pagar sobre el salario realmente devengado los aporte a pensiones, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de noviembre de 2016 se vinculó mediante contrato de trabajo verbal, para desempeñar el cargo de administrador general, sin embargo, en diciembre de la misma

anualidad fue designado como Gerente para lo cual ejercería la representación legal, hecho que se encuentra probado con el Acta 01 de la Junta Directiva realizada el 28 de diciembre de 2016, radicada ante la Cámara de Comercio el 29 de noviembre de la misma anualidad; como salario se pactó la suma de \$5.000.000 mensuales.

Refirió que debido a sus funciones no contaba con horario específico, pero era el encargado de administrar, abrir y cerrar las oficinas, así como las dependencias de la demandada en horario de 8:00 a.m. a 9:00 p.m. de lunes a domingo. Expuso que *“a partir del año 2004”* le fue incrementado su salario a la *“suma de \$2.500.000 que fue el último salario devengado”* y que durante el tiempo de vinculación nunca le fue cancelado el salario pactado. Manifiesta que no le efectuaron el pago de aportes al sistema de seguridad social integral, al fondo de cesantías y a la caja de compensación, como tampoco le reconoció las prestaciones sociales, pese a haber reclamado directamente a la empleadora, por ello, presentó renuncia de forma verbal con la exposición de sus inconformidades (f.º 3 a 15)

Por auto de 28 de enero de 2019, se dispuso el emplazamiento de la Fundación Mujer del Nuevo Milenio (f.º36); sin embargo, la demandada contestó a través de apoderado, oponiéndose a las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no ser ciertos y que el actor estuvo en Fundamil de manera voluntaria en razón al objeto social de la Fundación.

En defensa de sus intereses propuso las excepciones de cobro de lo no debido, la de buena fe, la inexistencia del contrato de trabajo y las demás declarables de oficio (f.º 86 a 88. Publicaciones f.º 61 a 74).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de febrero de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre el 15 de noviembre de 2016 al 30 de enero de 2017, que finalizó por voluntad del trabajador. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar unas sumas de dinero por concepto de cesantías,

intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación de vacaciones, salarios insolutos, indemnización moratoria a partir del 31 de enero de 2017, los aportes a pensión correspondientes a los periodos en que existió el contrato de trabajo, a través de un cálculo actuarial con un ingreso base de cotización al salario mínimo legal mensual vigente con destino a la AFP Protección S.A.. Además, condenó a la demandada a pagar las costas del proceso (f.º 80 y 81).

Como sustento de su decisión, concluyó que el demandante demostró haber prestado sus servicios personales a la demandada, por lo que se configuró la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo y la cual no fue desvirtuarla, pues por ningún medio probó que la naturaleza de la vinculación fuera diferente a un contrato de trabajo. Determinó que, al no corroborarse el salario devengado, las condenas deben ser liquidadas con base en el salario mínimo legal mensual vigente. Consideró que la accionada no actuó de buena fe por lo que impuso condenas por concepto de sanción moratoria.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que no existe la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, como tampoco se demostraron los tres elementos del contrato de trabajo, dado que conforme a los testigos el demandante realizó un voluntariado. Arguyó que el actor adujo que fue vinculado para manejar el contrato “IPES”, lo cual no es cierto pues la señora “Rosario” coordinadora de este proyecto, señaló que cuando el demandante llegó en calidad de voluntariado el proyecto ya se estaba terminando y ella simplemente le indicó las funciones y él enviaba el email.

Expuso que se encuentra probada la buena fe de FUNDAMIL, pues el favor que hizo obedeció a la crisis por la que atravesaba la señora “Janeth” en razón a que el contrato “IPES” le generó multas y sanciones a Fundamil.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por consiguiente, si está obligada a pagar las prestaciones sociales y si su actuar es de buena fe.

1. Del contrato de trabajo

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte

Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

Ahora, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que puede afectar algunos de los derechos de los varios contratos cuando eso ocurra, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación personal del servicio el demandante solicitó decretar los testimonios de Diana Hernández Caicedo y Claudia Milena Montaña Soler, no obstante, el primero no fue practicado como quiera no compareció la deponente a la hora y fecha señalada para adelantar la diligencia. La testigo **Claudia Milena Montaña Soler** quien estuvo vinculada con Fundamil primero desde julio de 2015 hasta abril de 2016 y, luego, de agosto a diciembre del año 2016, en esta oportunidad para finiquitar todo lo relacionado con el proyecto del IPES, dijo conocer al actor porque era la persona que en la última fase del proyecto se le entregaban documentos y la información, pues era el representante legal de la Fundación. Aseguró que era él quien coordinaba el trabajo, así como

el de dos compañeras más y les impartía órdenes con la verificación que efectivamente trabajaran y tuvieran las carpetas listas; además tenía a su cargo la parte de dirección y la parte financiera. Dijo que Gloria Janeth Casallas dueña de la fundación era la superior jerárquica del demandante. Preciso que no estuvo presente en el momento en que el accionante se vinculó, no sabe cuál fue el salario pactado y a ella la vinculó Rosario Arciniegas quien ponía la cara por la Fundación en los diferentes proyectos, pero cuando llegó el demandante, él empezó a hacer las funciones que la señora Arciniegas tenía a su cargo. Dijo la testigo que no sabía que en la Fundación hubiese trabajadores voluntarios, incluso advierte que unos familiares de la señora Janeth laboraban allí y se les pagaba por su trabajo. Aseguró que no existía la opción de colaborar mediante voluntariado en la fundación.

Igualmente, fue practicado el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada señor Silvio Brochelo Pinzón, quien manifestó que se encuentra vinculado con la demandada desde marzo del año 2017 y dijo no conocer al promotor del juicio, pero tenía entendido que entró como logístico a mediados de noviembre del año 2016, para transportar cajas y estuvo como representante un tiempo, contó aproximadamente un mes y se retiró en enero de 2017. Respecto de las demás condiciones en que se dio el vínculo laboral, hizo referencias sin que nada le conste, y dijo que como contraprestación al demandante se le había dado un televisor. Expuso que como representante legal él está vinculado mediante contrato de prestación de servicios y recibe como remuneración \$2.000.000, cancelados únicamente cuando hay contratos; dijo que en la planta de personal de la Fundación solo esta él, la administradora y la contadora, los demás son voluntarios a quienes se vincula cuando salen contratos.

También se allegó comunicación suscrita por el accionante en papel con membrete de Fundamil dirigida a Diana M Hernández Caicedo, mediante la cual da respuesta a solicitud de pago presentada por ella (f.º 21).

Por su parte, la demandada solicitó decretar y practicar los testimonios de Sandra Patricia Casallas y Rosario del Pilar Arciniegas Bravo, esta última, adujo que es contratista itinerante con la Fundación desde el año 2.000 y con contrato de prestación de servicios desde el año 2016, época en la que conoció al demandante cuando coordinaba en noviembre un proyecto ejecutado por la Fundación suscrito con el IPES, que presentó problemas. Refirió que la mayoría de personas llegan a la Fundación como voluntariado, tal como lo hizo el demandante, quien entró a apoyar en un momento en que por el proyecto IPES se encontraban frente a un posible incumplimiento, situación que generó mucho estrés, pues era la primera vez, después de 18 años que enfrentaban algo así, entonces la representante legal entró en un momento de estrés, dado que nunca se había enfrentado a un juez, ni a una audiencia, necesitaba un descanso, un tiempo de vacaciones en el cual el demandante se ofreció a reemplazarla, sobre todo para ir a las audiencias del IPES, le dijo *“ven te ayudo, yo les colaboro”*.

Adujo la deponente que ella como coordinadora del proyecto no fue a las audiencias porque requería ser representante legal y ejercía la coordinación, además *“necesitaban que alguien los representara dentro de las audiencias entonces hubo ese acuerdo”*, fue un tema que se hizo a nivel de Junta Directiva. Aseguró que para ir a las audiencias ella misma le proyectaba los oficios, los informes técnicos y financieros al demandante, le decía como iban las unidades productivas para que él pudiera ir ante el IPES a representarlos, pero aseguró que ella estuvo presente en todas las reuniones. Señaló que el accionante estuvo desde finales de noviembre con la realización de compras y, a finales de diciembre fue cuando se hizo el acta de Junta Directiva y la señora Janeth retomó a finales de enero, pues era un tema temporal. Expuso que después de eso, el demandante no continuó porque se trabajaba con mujeres en ejercicio de la prostitución y una mujer transgénero llegó con una cuchilla a cortarlo porque no se le entregaban las cosas y él no estaba preparado para enfrentar ese tipo de población por lo que decidió irse. Aseguró que mientras los proyectos se ejecutan hay dinero para salarios, pero cuando estos terminan se presta el servicio mediante voluntariado porque ya no hay recursos.

Señaló la testigo que quien abría y cerraba las oficinas era el auxiliar administrativo Carlos Díaz o Sandra. Que para noviembre de 2016 no se recibió pagos por el Proyecto IPES, dado que había muchas multas y les adeudaban más \$300.000.000. Aseguró que la Fundación funciona a través del voluntariado de las mujeres que han crecido en ella.

La declarante Sandra Patricia Casallas Cárdenas, quien estuvo vinculada a la Fundación como voluntaria dijo que es miembro de la Junta Directiva desde el 2009 y el accionante llegó a mediados de noviembre a conocer las instalaciones, momento para el cual como estaban en un proyecto se ofreció a colaborar y lo hizo hasta enero de 2017, cuando decidió irse por el estrés que se maneja. Señaló que noviembre a enero el accionante se encargaba de comprar productos que luego eran entregados a las “señoras en ejercicio”. Dijo que Rosario era la coordinadora del Grupo IPES y estaba encargada de hacer y enviar informes, también asistía a las audiencias. Aseguró que el Adriano Novoa tenía las mismas funciones que la testigo que eran comprar productos y distribuirlos, no habría ni cerraba las puertas, pues estas tienen clave y esa función la tenían Carlos Díaz o Karen Sandoval.

Refirió que por cuenta del proyecto IPES le fueron impuestas multas a la Fundación. Expuso que cuando estaban vigentes los proyectos les retribuían los servicios, pero cuando acababan había voluntariados. Aseguró, que cuando se presentaron problemas con el proyecto IPES, la señora Janeth tuvo mucho estrés por lo que la Junta Directiva de la que hacía parte la testigo decidió nombrar al demandante como representante legal, determinación con la que ella misma estuvo de acuerdo; refiere que como miembro de la Junta Directiva tiene función de intervención o control en las actividades del representante legal. Afirmó que la señora Janeth mientras ejerció la representación legal recibió como contraprestación un poco más del salario mínimo, asimismo que como representantes legales han fungido Janeth, el demandante y ahora Silvio quien precisa recibe o no salario de acuerdo a la existencia de proyectos,

señaló que en el momento no tiene salario, pero cuando se le paga se cancela \$1.500.000.

A solicitud de la Fundación se practicó el interrogatorio de parte al señor Adriano Novoa Vargas, quien manifestó que prestó sus servicios personales a Fundamil a partir de 15 de noviembre de 2016 al 2 de febrero del año 2017, inicialmente como administrador del contrato IPES y ante los buenos resultados la señora Janeth le propuso ser representante legal a partir del 28 de diciembre de 2018. Indica que renunció a la representación el 30 de enero de 2017 porque los manejos que había no eran de su agrado, existía un desorden total en el que tuvo que empezar a verificar el cumplimiento del proyecto IPES, para la implementación de procesos productivos para las trabajadoras sexuales a las que no se les podía dar dinero, pero sí elementos para trabajar e implementar su negocio.

Al amparo de las anteriores pruebas que se analizan de forma conjunta, es claro para esta Colegiatura que el actor demuestra con suma claridad la prestación personal del servicio a la demandada a partir del 15 de noviembre de 2016 hasta febrero de 2017, pues así lo manifestaron Claudia Milena Montaña Soler, Rosario del Pilar Arciniega Bravo y Sandra Patricia Casallas Cárdenas al rendir testimonio, así como Silvio Bróchelo Pinzón al absolver interrogatorio de parte.

Se considera que, aunque las testigos Rosario del Pilar Arciniegas Bravo y Sandra Patricia Casallas Cárdenas, afirmaron que el demandante inicialmente apoyó una labor logística y luego asumió la representación legal de la Fundación bajo un esquema de voluntariado, para esta Corporación tales manifestaciones no son creíbles, dado que *i)* ninguna de ellas estuvo presente cuando se dio la vinculación a la Fundación; *ii)* tampoco resulta lógico que una Fundación constituida en 1998, con personal con amplia trayectoria, conocedora de los procesos internos como lo eran las mismas testigos, decidiera designar como su representante legal a un voluntario que transportó cajas por 15 días, además, para que afrontara los graves problemas surgidos en el proyecto IPES, lo que

implicaba asistir a audiencias y atender la coyuntura que podía acarrear la imposición de elevadas multas para Fundamil; finalmente, **iii)** porque el actual representante aseguró que ese cargo tiene fijada una remuneración y aunque precisó que esta solo se causaba cuando habían contratos, lo cierto es que está probado que el demandante fue vinculado para atender asuntos específicos del proyecto IPES.

En el presente caso se advierte que la demandada no aporta ningún medio de convicción adicional que permita corroborar su teoría del caso, que permitan establecer las condiciones de gratuidad en la prestación del servicio. Por tal motivo, al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 de Código Procesal del trabajo, por el contrario, el dicho de los testigos permite concluir la existencia del contrato de trabajo, por lo que no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

2. De la buena fe de la demandada

Frente a la supuesta buena fe, se estima que la demandada al no probar por ningún medio que la prestación de los servicios del demandante fue de manera gratuita y que obedeció a un favor personal, no existe razón atendible para que la encartada durante la ejecución del vínculo y a la terminación del contrato de trabajo se abstuviera de cancelar al trabajador sus acreencias laborales. En consecuencia, tampoco este argumento conduce a la Corporación a modificar la decisión de primera instancia, pues su simple manifestación no es demostrativa de la buena fe de la demandada.

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2018 00031 01
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO ROJAS VALENCIA Y OSWALDO
BAQUERO CAMARGO
DEMANDADO: ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ -
ALMACAFÉ

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes promovieron demanda laboral para que se declare el derecho al pago de viáticos y gastos de viaje establecidos en la Resolución GGA 10R0002 de 10 de octubre de 2010 y su incidencia salarial. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer los viáticos previstos en el literal b) del artículo 3° de la Resolución GGA 10R0002 de 10 de octubre de 2010, a partir del momento en que se causaron los mismos, debidamente indexados. Se disponga a la demandada a reajustarles prestaciones sociales, las indemnizaciones y todos los demás conceptos surgidos del contrato de trabajo, así como al pago de diferencias en las cotizaciones de aportes a seguridad social.

Igualmente, se condene a la encartada a pagar las horas extras ocasionadas desde el momento del traslado, perjuicios morales objetivados

y subjetivados en el máximo establecido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los perjuicios a la vida en relación generados por los constantes traslados irregulares y el abuso del *ius variandi*, las demás indemnizaciones a que haya lugar, los derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, se indicó en relación con el demandante Luis Eduardo Rojas Valencia que el 23 de abril de 1984 empezó a prestar sus servicios a la demandada en la ciudad de Ibagué, para desempeñar el cargo de técnico de control fitosanitario "*plagas en los granos almacenados*" con cobertura en los departamentos del Tolima, Huila y Cundinamarca, por lo que logró desarrollar una carrera en técnico e ingeniería logística, así como un diplomado en rediseño de proceso logísticos en la ciudad de Ibagué.

Adujo que a mediados del año 2001 aceptó un traslado para la ciudad de Valledupar en donde laboró hasta el 2006 y fue despedido por el Gerente de la ciudad de Bucaramanga a la que pertenecía el almacén de Valledupar. Refirió que, en el 2007 fue reintegrado por haber sido despedido con fuero sindical y a partir del 2011 fue trasladado a Bogotá en la que le fueron asignadas funciones de compra de café de manera directa en distintos municipios. En noviembre de 2012, fue citado en la bodega de Soacha para notificarle el otro sí al contrato de trabajo, según el cual a partir del 2012, le fue asignado un auxilio de movilidad en atención a que el sitio donde debía laborar Soacha- Vereda Chusaca, no contaba para la época con acceso de servicio público de transporte; precisó que en estas nuevas oficinas se presentaba hacinamiento del personal, además se le expuso a riesgos en su vida, salud y seguridad por la ubicación de la bodega en un lugar con malos olores donde predomina el plomo, asbesto y otros elementos altamente contaminantes.

Señaló que el cambio unilateral del municipio en el que debía prestar sus servicios sin el reconocimiento de viáticos implicaba pagar de su salario básico los costos adicionales para el transporte, lo que conlleva una desmejora salarial, pues tiene que tomar dos vehículos de transporte

público y una flota intermunicipal para llegar al sitio de trabajo, con una inversión de 4 horas en el traslado. Aseguró ser miembro del sindicato de trabajadores Sintrafec.

En relación con el accionante Oswaldo Baquero Camargo se expuso que inició su vínculo laboral con la demandada Almacafe el 8 de abril de 1996, para desempeñarse como auxiliar 4º de operaciones “*plagas en granos almacenados*” en la ciudad de Bogotá. El 24 de octubre de 2012 suscribió otro sí al contrato de trabajo, mediante el cual y con ocasión del traslado de las oficinas de Almacafe sucursal Bogotá al Municipio Soacha, le fue reconocido auxilio de movilización por mera liberalidad y de manera temporal mientras no existiera transporte público en la zona, a partir de 16 de noviembre de 2016 y hasta que dichas causas subsistieran.

Refirió que en el traslado de las oficinas no hubo condiciones de salubridad, ni se garantizó que su domicilio correspondiera al lugar en el que fue contratado, además implicó una desmejora salarial dado que tenía que tomar dos vehículos de transporte público y una flota intermunicipal para llegar al sitio de trabajo, con una inversión de 4 horas en el traslado. Indicó que con el traslado se le expuso a riesgos en la vida, salud y seguridad, en atención a la ubicación de la bodega y el medio ambiente adverso para la salud humana por la existencia de sustancias altamente contaminantes, sumado al riesgo que implica atravesar diariamente la autopista sur. También, la empresa no cuenta con servicio de restaurante lo que implica el desplazamiento ida y vuelta de más de 1 kilómetro. Aseguró ser miembro de Sintrafec.

Señalaron los accionante que el 14 de octubre de 2010 la demandada emite Resolución GGA 10R00002 por medio de la cual se modifican y actualizan las políticas y normas para el reconocimiento de gastos de desplazamiento en cumplimiento de las comisiones de trabajo. En su artículo 1º señala que la empresa reconocerá viáticos, gastos de viaje y de transporte a los colaboradores que en el ejercicio de sus funciones deban desplazarse fuera de la sede de trabajo. Luego, fue modificada por la Resolución del 18 de enero de 2012, que se encargó de

actualizar los valores. Indicaron los demandantes que con estas resoluciones se reconoce un auxilio extralegal a los trabajadores por viáticos, adicional al señalado en el artículo 130 del Código Sustantivo de Trabajo.

Advirtieron que fueron presionados a suscribir otro sí, en los que de manera unilateral decidió la empresa cambiar la sede original de trabajo. Precisaron que el traslado permanente e irregular del lugar de labores no se han hecho de manera formal y el domicilio es la ciudad de Bogotá, es decir, no se ha configurado de manera real dicho traslado, el cual no obedeció a necesidad de la empresa sino a una desmejora de los trabajadores. Refirieron que han presentado reclamaciones a la demandada en el que solicitaron el reconocimiento del pago de viáticos, los cuales fueron negados al señalarse que la resolución que invocan no se encuentra vigente (f.º 6 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, refirió no ser ciertos, salvo los relacionados con la afiliación de los demandantes a Sintrafec respecto de los cuales manifestó no constarle.

En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de carencia de inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la compensación y pago, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 68 a 96).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de febrero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de naturaleza salarial de los factores endilgados, relevándose del análisis de cualquier otro medio exceptivo y decidió no imponer costas (f.º 239).

En sustento de su decisión, indicó que el auxilio de movilización pactado en el otro sí, con cada uno de los demandantes no es constitutivo de salario, pues no retribuye los servicios personales prestados, sino que es un medio para la correcta ejecución de sus funciones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que los viáticos son las sumas de dinero que el empleador reconoce a los trabajadores para cubrir los gastos en que incurren para cumplir con sus funciones fuera de su sede habitual, para efectos de transporte y manutención. Además, los viáticos se reconocen como salarios cuando son permanentes como en el presente caso.

Alegó que en el proceso la sucursal para la cual fueron contratados es la ciudad de Bogotá y la empresa en abuso del *ius variandi* los trasladó a la vereda Chusaca del Municipio de Soacha, lo que genera una disminución en las condiciones de trabajo, en particular la retribución, pues deben tomar incluso servicio de transporte intermunicipal para llegar al lugar de trabajo.

Arguyó que lo que se reclama en el juicio son los viáticos reconocidos en la Resolución de 2010, modificada con la Resolución del 2012, la cual sigue vigente y no puede confundirse con el auxilio de movilización contenido en el otro sí, que es de mera liberalidad y que no se discute en el proceso. Precisó que el otro sí se pactó para desmejorar a los trabajadores y desconocer el viatico permanente que se pagaba. Alegó que la decisión de cambiar la sede de la empresa no puede afectar al trabajador quien no está obligado a soportar esta decisión; precisó que este es el sustento de la pretensión, pues los trabajadores siempre prestaron sus servicios en la ciudad de Bogotá donde tienen su domicilio, por ello, la empresa les desmejoró sus condiciones al trasladar su sede a una vereda del Municipio de Soacha.

Adujó que sería imposible que la Resolución cuya aplicación se reclama indicará el Municipio de Soacha, pues ni siquiera en ella se menciona la ciudad de Bogotá.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si los demandantes tienen derecho al pago de los viáticos previstos en el literal b) del artículo 3º de la Resolución GGA 10R0002 de 10 de octubre de 2010.

1. De la Resolución GGA 10R0002 del 10 de octubre de 2010.

Al respecto se advierte que mediante la Resolución en comentario (f.º 40 a 44) Almacafe modificó y actualizó las políticas y normas para el reconocimiento de “Gastos de desplazamiento en cumplimiento de las Comisiones de Trabajo” en el quedó consignado que:

“CONSIDERANDO

Que es conveniente unificar y actualizar las normas administrativas que reglamentan el reconocimiento de los gastos para las comisiones de trabajo de sus colaboradores,

- a) Que es potestativo de la Empresa especificar el destino de las sumas pagadas por concepto de viáticos por comisiones de trabajo*
- b) Que es necesario modificar la clasificación de los cargos de tal manera que obedezca a la nueva de nominación de los mismos*
- c) Que es necesario unificar la política en materia de comisiones en zonas de trabajo.*

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO -- ALMACAFE reconocerá viáticos, gastos de viaje y de transporte a los colaboradores que en el ejercicio de sus funciones deban desplazarse fuera de la sede de trabajo establecidos en los siguientes artículos

(...)

ARTÍCULO TERCERO – Viáticos y Gastos de viaje

- a) *Las ciudades y poblaciones del país se dividen para este efecto en las siguientes categorías*
Categoría A: Ciudades y capitales de departamento, Buenaventura
Categoría B: Ciudades y Municipios fuera del departamento
Categoría C: Ciudades y Municipios dentro del departamento.
- b) *Se establece la siguiente tabla para la asignación de tarifa de viáticos teniendo en cuenta los grupos de cargos y las categorías de la ciudades:*

Grupos de Cargos	A	B	C
I 10B -9B 76.000	125.000	89.000	
II 9A 61.000	110.000	76.000	
III 8B 7B 7A 6B 5B 5A 49.000	90.000	61.000	
IV 4B 4A 43.000	76.000	49.000	
V 3B 3A 2B 2A 1B 1A 33.000	61.000	43.000	

- c) *De las tarifas establecidas, el 20% corresponde a viáticos y el 80% a gastos de viaje. La liquidación porcentual se hará automáticamente en el formato de legalización de omisiones de trabajo”*

Ahora bien, la Resolución GGA10R0002 de 10 de octubre de 2010, fue modificada por la GGA12R00001 de 18 de octubre de 2012 (f.º 45 a 50), en la que señaló:

“ARTÍCULO DECIMO PRIMERO.- La presente Resolución modifica en todas sus partes la Resolución No. GGA10R0002 del 14 de octubre de 2010, emitida por la Gerencia General

ARTÍCULO DECIMO SEGUNDO.- Esta Resolución rige a partir del primero (1) de febrero de Dos Mil Doce (2012)”

Aquí es bueno señalar que las pretensiones de la demanda están encaminadas exclusivamente al reconocimiento y pago de los viáticos y gastos de viaje previstos en el literal b) del artículo 3º de la Resolución GGA 10R0002 de 10 de octubre de 2010, no obstante, este precepto perdió vigencia a partir del 1º de febrero de 2012 al ser modifica en todas sus partes por la Resolución GGA12R00001 de 18 de octubre de 2012 y, aunque eta última fue invocada en la apelación, no puede ser considerada por la Sala en atención a que carece de las facultades ultra y extra *petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, dado que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda, de suerte que

no es posible sorprender a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, no hay lugar a verificar la procedencia de reconocer un derecho con base en una resolución que perdió vigencia el 1º de febrero de 2012, ya que el cambio de sede se dio respecto del demandante Oswaldo Baquero Camargo a partir del 24 de octubre de 2012 y frente a Luis Eduardo Rojas Valencia a partir del 1º de enero de 2013, es decir, cuando ya estaba en vigencia la otrora resolución respecto de la que no se formularon pretensiones.

En gracia de discusión, advierte la Sala que tanto la Resolución GGA10R0002 de 10 de octubre de 2010, como la Resolución GGA12R00001 de 18 de octubre de 2012, disponen el reconocimiento de viáticos y gastos de viaje para para **comisiones de trabajo**, por lo que su aplicación no es dable respecto de los demandantes, pues de conformidad con los otro sí al contrato suscritos por Luis Eduardo Rojas Valencia el 25 de enero de 2013, con efectos a partir del 1º enero de enero de la misma anualidad (f.º 99 y 100) y el firmado por el demandante Oswaldo Baquero Camargo el 23 de noviembre de 2012, con vigencia a partir del día siguiente (f.º 163 y 164), Almacafé trasladó sus oficinas de la sucursal Bogotá al Municipio de Soacha, es decir, que los promotores del juicio vieron cambiada su sede de trabajo de la ciudad de Bogotá a la citada localidad, por tanto, no puede predicarse en manera alguna que cada día cuando se dirigen a su lugar de trabajo lo hacen en comisión.

Para una mejor ilustración en el caso debatido, necesario es advertir que la figura del *Ius Variandi* se ha entendido como la potestad en cabeza del empleador para modificar o variar las condiciones iniciales del trabajo, siempre con respeto de los derechos fundamentales y la dignidad humana del trabajador, tal y como lo ha puntualizado el máximo Órgano de la

jurisdicción laboral en sentencia con radicado n.º 44155 del 26 de junio de 2012, al señalar que¹:

“Conviene recordar que esta Sala de la Corte ha sostenido invariablemente en su jurisprudencia que el poder subordinante que tiene el empleador, de donde nace el “ius variandi”, esto es, la facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo, no puede ser ejercido de manera omnímoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan ineludible o, al menos, justificable”

Al descender al asunto que nos convoca, se verifica que los demandantes tal como indicaron en el escrito introductorio, desempeñaban sus funciones en la ciudad de Bogotá hasta el momento en que Almacafe trasladó sus oficinas al Municipio de Soacha y, por tanto, en adelante debieron prestar allí sus servicios. Hecho que *per se* no resulta violatorio de los derechos de los trabajadores y encuadra en las estipulaciones pactadas en los contratos de trabajo, en las que se acordó que la demandada podría modificar el lugar de trabajo (f.º 48, 158 y 159).

Con todo, como quiera que la modificación en la sede de prestación de labores implicó para los demandantes el desplazamiento a un lugar al cual no era factible acceder en servicio público de transporte, se encuentra probado que la demandada otorgó un auxilio de movilización para cubrir el traslado, como se lee en el otro sí de folios 49 y 50 y 163 y 164, evidenciándose así que el empleador no desmejoró las condiciones laborales de sus colaboradores y les ha proveído lo necesario para acceder a la nueva sede de trabajo. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia apelada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia absolutoria de primera instancia, pero por las razones expuestas en precedencia.

No se causan costas en la apelación.

¹ M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de febrero de 2020, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



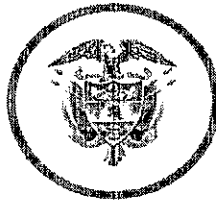
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 017 2018 00111 01
DEMANDANTE: ALEXANDER LÓPEZ MARTÍNEZ
DEMANDADO: MIGUEL ÁNGEL SAENZ PIZA Y LUZ AMPARO
RATIVA SOSA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 15 de marzo de 2011 hasta el 15 de octubre de 2017. En consecuencia, se condene a los demandados a cancelarle el auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, las primas de servicios, las vacaciones causadas en vigencia de la relación, los dominicales, la indemnización moratoria por no pago oportuno de prestaciones sociales, los aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, los demás derechos que haya lugar a reconocer en atención a los principios *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó sus servicios a los demandados como panadero mediante contrato verbal a término indefinido a partir del 15 de marzo de 2011 hasta el 15 de octubre de 2017, en

horario permanente de lunes a domingo de 4:45 a.m. a 4:00 p.m y devengó como último salario \$1.300.000. Refirió que los encartados no lo afiliaron al sistema de seguridad social integral y renunció por incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de sus empleadores, quienes a la fecha no le han cancelado las prestaciones sociales, las vacaciones, el trabajo realizado en dominicales y la indemnización moratoria (f.º 4 a 7).

Al dar respuesta a la demanda, los convocados a juicio se opusieron a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptaron los extremos de la prestación del servicio señalados en la demanda, pero indicaron que se dio con intervalos y conforme a los contratos aportados; indicaron que el demandante ejerció la labor de panadero con autonomía de horario en el cual utilizaba toda su capacidad para la transformación de materia prima en pan.

En defensa de sus intereses propusieron las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y la prescripción (f.º 26 a 32).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de febrero de 2020, declaró no probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y de manera parcial la de prescripción. Declaró que entre el demandante y el demandado Miguel Ángel Saenz Piza existió en aplicación principio de la primacía de la realidad un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de octubre de 2017. Condenó al empleador a pagar unas sumas de dinero por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, compensación de vacaciones debidamente indexados mes a mes desde la terminación del contrato hasta cuando se produzca su pago efectivo. Además, dispuso cancelar a la entidad de seguridad social que indique el actor los aportes a pensión causados en vigencia de la relación laboral, previo cálculo actuarial que expida la administradora de pensiones, más las costas del proceso con inclusión de agencias en derecho en la suma

\$1.600.000. Absolvió a la demandada Luz Amparo Rativa Sosa de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 120).

Como sustento de su decisión, concluyó que demostrada la prestación de servicios el demandado no demostró que esta se hubiere desarrollado de manera autónoma e independiente las labores, por lo que declaró la existencia del contrato de trabajo. Estimó que el demandado actuó de buena fe y que operó el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de los derechos no reclamados oportunamente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

El demandante controvierte que las condenas deben ser impuestas desde marzo de 2011 hasta octubre de 2017, pues encontrándose vigente la relación laboral los derechos solamente se hicieron exigibles a la terminación, cuando el empleador se abstuvo de liquidar y pagar las primas y vacaciones, por tal motivo, no opera la prescripción respecto de estos conceptos, pues no se le puede exigir al trabajador que en vigencia de un vínculo laboral reclame el pago de sus acreencias laborales.

Señaló que está probado con el contrato de trabajo que laboró de lunes a domingo, lo cual fue aceptado en el interrogatorio de parte, por ello, debe imponerse esta condena. También, que los demandados están obligados al pago de prestaciones sociales, por tanto, debe proceder la indemnización moratoria.

Por su parte, la demandada argumentó que no se dio valor probatorio a los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes el 5 de marzo de los años 2011 y 2012, el 5 de octubre de 2013 y el 17 de enero de 2017, este último de obra o labor, que fue terminado de forma voluntaria por el trabajador y sin saldos pendientes por pagar, configurándose así un silencio por parte el accionante. Preciso que el "17 de octubre" se expidió paz y salvo por todo concepto de acreencias

laborales pendientes por pagar a López el cual firmó a satisfacción sin haber salvedad alguna.

Adujo que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo habla de los tres requisitos esenciales para que se configure un contrato de trabajo, los cuales no se estructuran en el presente asunto, por ello, solicita al Tribunal tener en cuenta los interrogatorios y las demás pruebas con las que se demuestra que no hubo subordinación laboral, pues el demandante solamente ejercía una supervisión de la calidad del pan, el horario de trabajo solamente fue una condición para la celebración del contrato y el pago se efectuaba conforme a la calidad y cantidad de pan que se producía. Expuso que siempre actuó de buena fe al permitirle al demandante disponer de su propio horario y su producción de acuerdo con la experiencia que acreditó en la hoja de vida.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Del recurso de apelación de la parte demandada

Por razones de método comienza la Sala por atender los argumentos de apelación expuestos por la parte demandada, quien sostiene la no procedencia de un contrato de trabajo al no configurarse los elementos que lo componen (artículo 23 CST).

1.1 Del contrato realidad

Corresponde a la Sala determinar si entre el actor y Miguel Ángel Saenz Piza, existió un contrato de trabajo a partir del 15 de marzo de 2011

al 15 de octubre de 2017, por consiguiente, si tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

Ahora, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de

cada prestación social, la prescripción que puede afectar algunos de los derechos de los varios contratos cuando eso ocurra, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En el presente asunto, no existe duda que Alexander López Martínez prestó sus servicios personales al demandado desde el 15 de marzo de 2011 hasta el 15 de octubre de 2017, desempeñándose como panadero, pues así fue aceptado por el demandado al contestar los hechos 2º, 3º y 6º de la demanda (f.º 28). Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación jurídica laboral, por lo tanto, corresponde ahora al demandado desvirtuar que la ejecución de las labores se dio de manera autónoma e independiente.

Para el efecto, la parte demandada aporta "*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS*" suscrito con el demandante el 5 de marzo de 2011, con una duración de 12 meses, para desempeñar el cargo de "*instructor de panadería*" en un horario de lunes a domingo de 5:30 a.m. a 1:30 p.m. con una hora de almuerzo (f.º 54 y 55); existe paz y salvo suscrito por el demandante el 8 de marzo de 2012 (f.º 56); contrato de prestación de servicio de 5 de octubre de 2013, cuya duración quedó pactada en 12 meses (f.º 57 a 59); comunicaciones emanadas del demandante, la primera adiada del 21 de mayo de 2013, en la que manifiesta que está conforme con el sueldo de \$850.000 mensuales el que incluye prestaciones sociales y seguro (f.º 60), la segunda, el 2 de octubre de 2017, mediante la cual renuncia de manera voluntaria por motivos personales (f.º 61); paz y salvo que contiene firma del actor en el que quedó

consignado que se da por terminado el *“acuerdo verbal y de común acuerdo”* de colaboración en la panadería Viviana que incluía alimentación y refrigerio *“teniendo en cuenta que no existe ningún vínculo laboral ya que él se hace responsable en cuanto a salud y riesgos profesionales”* (f.º 62).

Ahora, al absolver interrogatorio de parte Luz Amparo Rativa Sosa, demandada en el presente proceso y esposa del también accionado Miguel Ángel Sanz Piza, señaló que conoció al demandante en el año 2011 cuando presentó una hoja de vida en el establecimiento de comercio de propiedad de su esposo para desempeñarse como panadero, en el recibió como contraprestación \$1.300.000. Manifestó que el demandante decía que no le convenía retirarse del Sisben, pues tenía un hijo en condición de discapacidad, por eso solicitaba no ser afiliado. Aceptó que el accionante ingresaba a las 4:45 a.m. y salía a las 4:00 p.m. y se le suministró vestido y calzado. Señaló que el actor prestó servicios entre los años 2011 y 2017, pero se presentaron interrupciones las cuales no recordó.

Miguel Ángel Saenz Piza dijo que la panadería y cafetería de su propiedad se abre a las 6:00 a.m. a 10:00 p.m. y en ella se desempeñó como panadero el demandante, a quien le pagaba \$1.300.000, le daba adicionalmente el desayuno, el almuerzo y refrigerio. Dijo que el horario se lo colocaba el mismo accionante, quien llegaba antes de las 5:00 a.m. y terminaba a las 2:00 – 3:00 de la tarde. Aseguró que el demandante no dejó que lo afiliara al sistema de seguridad social pues estaba afiliado al *“Sisben”*. Confesó que el gestor trabajó todos los días de lunes a domingo, laborando un domingo cada 15 días. También que la prestación del servicio se dio entre el 15 de marzo de 2011 hasta el 15 de octubre de 2017, aunque aseguró que la prestación no se dio de manera continua en los 6 años, no supo indicar cuando se dieron las interrupciones. De otro lado, confesó que le daba overoles para que realizar sus actividades. Igualmente, confesó que no canceló cesantías, intereses a las cesantías, ni prima legal.

Finalmente, al absolver interrogatorio de parte el promotor del juicio Alexander López Martínez dijo que celebró un contrato verbal con los

demandados que finalizó el 15 de octubre de 2017, porque el demandado le imponía realizar trabajos adicionales a los de la panadería. Confesó que se retiró en dos oportunidades periodos en uno puso un puesto de arepas que no le funcionó por lo que volvió, asegura que se demoró de un mes a 45 días y que en otra oportunidad se volvió a retirar por espacio de un mes en el año 2016, advierte que no recordaba los meses. Confesó que suscribió paz y salvo, pero eran referentes a sueldos. Aseguró que la remuneración pactada fue de \$1.300.000 pagaderos en dos quincenas de \$650.000 y que el demandado le dio vacaciones cada vez que cumplió el año de servicios en el mes de menor producción.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario y la contestación de demanda (f.º 26 a 32) se considera que el demandado Miguel Ángel Saenz Piza falta al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra los supuestos en que funda la defensa de sus intereses, ello como quiera que no aporta medios de prueba que permitan concluir que pese a que el promotor del juicio le prestó servicios personales, estos se desarrollaron de manera autónoma e independiente y a esa conclusión no se puede llegar con las pruebas obrantes en el expediente. Por el contrario, se evidencia que las labores de panadero fueron desarrolladas por el demandante en cumplimiento de horario de trabajo y bajo las instrucciones del demandado, en las instalaciones y con los medios de producción proporcionados por éste.

Así las cosas, resulta evidente que la parte demandada no logró desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de trabajo, por lo que no es dable revocar la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Resulta pertinente señalar aquí que, si bien el demandante al absolver interrogatorio de parte confesó que dejó de prestar sus servicios al demandado en dos oportunidades, no se probó en que épocas se dio tal

situación. En todo caso, la demandada no señaló en la apelación nada respecto de la continuidad de la prestación del servicio y cuando se refirió a los contratos de prestación de servicios indicó que no se dio valor probatorio a los mismos.

2. Del recurso de apelación de la parte demandante

Argumenta la parte demandante en primer término que la demandada debe ser condenada a pagar el trabajo realizado por el demandante en días domingos.

Al punto, se tiene que si bien la parte demandada al contestar el libelo introductorio aceptó que el accionante prestó sus servicios de lunes a domingo y además que el demandado Miguel Ángel Saenz Piza confesó tal hecho al absolver interrogatorio de parte, no puede pasar por alto el Tribunal que el demandante confesó que la prestación del servicio se interrumpió en dos oportunidades, sin que él mismo haya podido indicar de manera precisa el momento en que esto sucedió o haya podido probarlo por otro medio, pues aunque los demandados también al absolver interrogatorio de parte mencionaron tal situación, al igual que el actor no establecieron los meses y años en que se el trabajador dejó de prestar sus servicios.

En ese horizonte, como no es posible determinar los domingos efectivamente trabajados, no es procedente imponer condena por este concepto, pues no puede la Sala entrar a suponer, hacer aproximaciones o estimativos sobre los domingos en que trabajó para impartir condena, pues el actor es quien tiene la carga de probar de manera precisa tal asunto, como no lo hizo, debe acarrear las consecuencias negativas de su actuar omisivo.

2.1 De la prescripción

Argumenta el demandante que las condenas deben ser determinadas teniendo en cuenta los extremos de la relación laboral, esto es, desde

marzo de 2011 y hasta octubre de 2017, pues encontrándose vigente la relación laboral los derechos solamente se hicieron exigibles a la terminación del mismo, cuando el empleador se abstuvo de liquidar y pagar las primas y vacaciones, por lo que no opera la prescripción respecto de estos conceptos, pues no se le puede exigir al trabajador que durante la vigencia de un vínculo laboral reclame el pago de sus acreencias laborales.

Frente al punto de la prescripción extintiva, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el

cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

En el presente asunto, la relación laboral se extendió entre el 15 de marzo de 2011 al 15 de octubre de 2017, no obstante, el demandante solamente reclamó el reconocimiento de sus acreencias laborales con la presente demanda que fue interpuesta el 7 de marzo de 2018 (f.º 1º). En consecuencia, los derechos causados con anterioridad al 7 de marzo de 2015 se encuentran prescritos, con excepción de las vacaciones que se disfrutaran en el año siguiente a su causación y por tanto sobre estas la prescripción opera respecto de las causadas con anterioridad al 7 de marzo de 2014. De otro lado, respecto de las cesantías no opera el fenómeno extintivo como quiera que esta prestación se hace exigible a la terminación del contrato, tal como acertadamente concluyó el *a quo*.

En consecuencia, no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia en este punto.

2.2 De la sanción moratoria

Arguyó que los demandados están obligados al pago de prestaciones sociales, por lo que hay lugar a imponer condena por concepto de indemnización moratoria.

En relación con este punto, anota la Sala que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

Al punto basta señalar que en el recurso de apelación no se atacó la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia respecto del actuar de buena fe del demandado, tan solo se expuso que se adeudaban prestaciones sociales por lo que debía ser impuesta la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, lo que no es procedente, pues como se vio esta sanción no opera de manera automática. Así las cosas, tampoco en este punto será modificada la sentencia analizada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

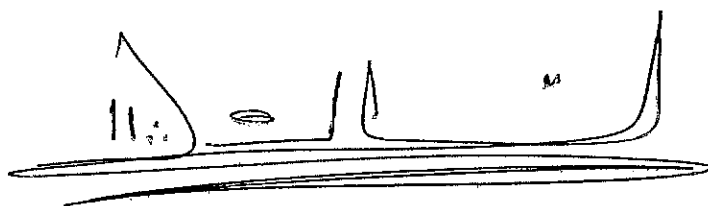
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and sharp points, positioned above a horizontal line.

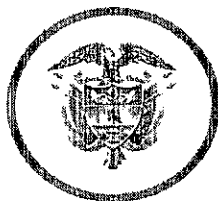
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style, positioned above the printed name.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2018 00506 01
DEMANDANTE: MARÍA ELENA DÍAZ VEGA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio de 2020. Igualmente, se analizará el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el incremento del 7% por su hijo en condición de discapacidad a partir 1° de abril de 2011, con la correspondiente indexación, los intereses moratorios, los demás derechos que resulten probados ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución n.º 105656 de 2011, la demandada le reconoció pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición. Refiere que convive con su hijo en condición de discapacidad de nombre Germán David Domínguez quien debido a su situación no labora y no recibe ningún tipo de pensión. Finalmente, expone que reclamó administrativamente el 6 de marzo de 2017, la cual fue negada por la entidad (f.º 3 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión y la reclamación administrativa. Respecto de los demás manifestó no constarle.

En su defensa, propuso las excepciones de carencia de casusa para demandar; la inexistencia del derecho reclamado, el cobro de lo no debido, la buena fe, la prescripción, la no procedencia de pago de costas en entidades de seguridad social y las demás declarables de oficio (f.º 36 a 52).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de junio de 2020, condenó a la demandada a pagar debidamente indexado el incremento pensional del 7% por hijo en condición de discapacitado sobre la pensión mínima a partir del 9 de mayo de 2020, a cancelar como retroactivo la suma de \$307.231. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada (f.º 72 y 73).

En sustento de su decisión, indicó que la parte accionante logró demostrar que el hijo en situación de discapacidad depende de ella pese a que ha tenido vínculos laborales en algunas épocas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso, para ello, argumentó que no se acreditan los requisitos para acceder al incremento como quiera que el hijo se encuentra activo laboralmente y percibe un salario mínimo legal, el cual le permite a una persona en el país vivir dignamente.

De otro lado, adujo que los incrementos reclamados no integran la pensión de vejez reconocida a la accionante, pues el artículo 36 de la Ley

100 de 1993 especifica cuáles son los elementos que se mantienen vigentes para los beneficiarios del régimen de transición y no los incluyó. Expuso que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, los incrementos desaparecieron del ordenamiento jurídico al ser derogados.

IV. DE LA CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional por hijo en condición de discapacidad.

Para dilucidar la controversia, se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º 105656 de 12 de abril de 2011 la demandada reconoció a la actora pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de abril de 2011, al ser beneficiaria del régimen de transición (f.º 15 y 16).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, entre otras, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531 y 29741;

SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y, en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Al respecto, se aportaron como pruebas, la copia de registro civil que da cuenta del nacimiento de Germán David Domínguez Díaz el 29 de septiembre de 1992, que acredita ser hijo de la demandante y el señor Profesor Domínguez Cruz (f.º 19); la evaluación realizada por el Instituto de Seguros Sociales el 24 de julio de 2006, que da cuenta de un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del hijo en un 53.2%, declarada en la infancia (f.º 21), y la certificación emitida por la Nueva EPS el 17 de noviembre de 2016, que señala que Germán David Domínguez Díaz se encuentra afiliado en calidad de beneficiario desde el 1º de diciembre de 2013, sin embargo, no se especifica respecto de quien ostenta tal calidad (f.º25).

Igualmente, solicitaron practicar los testimonios de María Ángela Rodríguez Cotrino y Luis Jesús Pedraza Pedraza, quienes manifestaron conocer a la actora, el primero de ellos, desde hace más de 40 años y el segundo, más de 20 años. Aseguraron que el hijo desde su nacimiento por descuido en el hospital sufre de retardo mental, por lo que depende de su señora madre. Refirieron que Germán David Domínguez Díaz, ha tenido

dos empleos uno en Alkosto, desde inicios y hasta mayo de 2020, como empacador en una bodega, donde podía desarrollar algunas actividades; no obstante, señalaron que él no tiene un ingreso fijo y tampoco lo emplean en razón a su condición, por lo que es la demandante quien vela por su sustento con la pensión que recibe y además paga el arriendo de la habitación en la que viven.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte la demandante aceptó que su hijo tuvo dos trabajos, uno por espacio de un año entre el 2012 y el 2013 en Alkosto como empacador y en el año 2020 en una bodega, pero fue despedido con ocasión de la pandemia. Preciso que su hijo terminó de validar la primaria y el bachillerato a los 26 años.

El juez decretó de oficio el testimonio del joven Germán David Domínguez Díaz, quien manifestó que es bachiller y se graduó el 3 de julio de 2016; refirió que trabajó como empacador en Alkosto hasta el 16 de octubre de 2013, después comenzó a validar el bachillerato. Dijo que trabajó en una bodega de calzado hasta el 7 de mayo cuando fue despedido por la pandemia.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que el hijo de la accionante cuenta con 28 años de edad, padece una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y depende económicamente del demandante, pues aunque se ha desempeñado laboralmente, esto sólo ha sucedido dos veces en su vida y en periodos de tiempo cortos, el primero de ellos, de un año y el último de aproximadamente 4 meses, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demuestra los supuestos en los que funda sus pretensiones, por lo que en principio serían procedentes. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, se acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó sentado que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2711 de 2019.

En el presente asunto, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida a la promotora del juicio mediante Resolución n.º. 105656 de 12 de abril de 2011 (f.º. 15 y 16) y la reclamación administrativa se presentó el 6 de marzo de 2017 (f.º. 23) es decir, por fuera del término trienal previsto en los preceptos legales enunciados, por lo que en el presente asunto el fenómeno extintivo operó de forma total.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se revoca la decisión analizada, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

No se causan costas en la consulta, ni en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de junio de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra conforme a las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta, ni en la apelación.

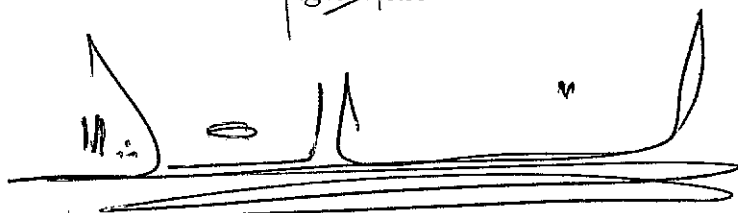
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURELLO VARÓN

Magistrada *actuación de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA HELENA DIAZ VEGA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2018 00506 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la Republica y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada