

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

**PROCESO ORDINARIO DE EDELMIRA GUTIERREZ OCHOA Y OTRAS VS
ARL POSITIVA Y OTRAS RAD 33-2012-565-01**

Con el debido respeto me permito SALVAR PARCIALMENTE EL VOTO en la presente decisión.

Aunque comparto lo resuelto en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre JULIO ANDRES MORA y MEGACARGAS EXPRESS LTDA, ello en virtud de la primacía de la realidad y la solidaridad derivada del art 36 del CST, en relación con los socios demandados, así como la decisión de revocar la condena derivada del art 216 del CST, ante la falta de prueba sobre la culpa del empleador, difiero de las modificaciones hechas en segunda instancia por las siguientes razones:

En primer lugar es claro que solo y hasta el momento de la presentación del recurso por parte de la apoderada del demandante, es que se solicita que ante el salario que encontró el Juez de \$1.899.200, para liquidar la condena derivada del artículo 216 del CST, es que se solicita que se condene a MEGACARGA EXPRESS LTDA a pagar una diferencia en la pensión, **en uso dice el recurrente de las facultades extra y ultra petita**, ya que la pensión del mínimo a la que se condena a la ARL, no concuerda con este salario y por eso en ese momento solicita el pago de la diferencia, a lo que accede la Sala en segunda instancia, cuando esta facultad contemplada en el artículo 50 del C P del T y de la S S, solo es del Juez de primera y única instancia, tema ya bastante definido; pero además siendo claro, que nunca se discutió y menos se probó en juicio esta nueva pretensión, -se itera, solo presentada en el recurso-; como exige la norma para que tenga lugar esa condena en primera instancia, siendo imposible hacerla en segunda instancia como tuvo lugar.



De otra parte y aun aceptando que estuviésemos facultados para ello; dicha condena carece de sustento; no solo porque no existe norma alguna de la que se derive el pago de esta diferencia; -ya que lo procedente era la corrección del IBC, a fin de que la ARL, re liquide la prestación concedida previo el pago de esta diferencia en la cotización, desde luego si se hubiese solicitado-; sino porque tampoco existe prueba dentro del expediente del salario devengado por el actor en los seis meses anteriores. La sala con solo un mes acreditado, esto es una certificación expedida en julio, señal que no hay prueba de que se haya sido menos en los meses anteriores, cuando es claro que la carga de probar el salario mes a mes; -dada su variabilidad en este caso, toda vez que se componía de un básico y otros derivados de fletes compensaciones etc-; era de la parte actora, siendo necesario ante la falta de prueba tomar el salario mínimo, como ya ha sido definido y no con un último certificado, tomarlo como la verdadera suma devengada, en los seis meses anteriores para sacar la diferencia. Obsérvese como, por el contrario, además de esa certificación, solo existen unas liquidaciones que se pagaron; dos específicamente, con sumas inferiores a la de \$1.899.200, que se certificó en julio; luego tampoco es cierto que esa, como aseguró la Sala hubiese sido constante en los seis meses anteriores, ordenando así una diferencia que en mi criterio carece de sustento probatorio.

Finalmente resulta claro que quien fue declarado empleador y quien lo era entonces, cuando se dio el accidente de trabajo, no tenía afiliado al conductor en el momento de dicho siniestro, luego lo procedente era que asumiera el riesgo, ya que la ARL recibía las cotizaciones por una persona jurídica diferente, se itera, a la que se demostró era el empleador en el momento del accidente.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada