



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 01-2019-00073-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **MARÍA ALCIRA BAQUERO DE MUÑOZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 78 a 79), así como demandada Colpensiones (folio 231 a 237) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA ALCIRA BAQUERO DE MUÑOZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 43):

- 1) Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA ALCIRA BAQUERO DE MUÑOZ, causada por el fallecimiento del señor JESÚS ANTONIO MUÑOZ SOTO.
- 2) Que la pensión de sobrevivientes que se ordena reconocer y pagar debe ser efectiva a partir del 26 de agosto de 2008.
- 3) Que la pensión de sobrevivientes que se ordena reconocer y pagar debe ser equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2008 con los reajustes legales correspondientes.
- 4) Declarar prescritas las mesadas anteriores al 18 de mayo de 2015 por el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, en razón a que con la petición de fecha 18 de mayo de 2018 se interrumpió la prescripción.
- 5) Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante, los intereses moratorios más altos, vigentes al momento en que se efectuó el correspondiente pago, respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales adeudadas, calculados desde la fecha de exigibilidad de cada una de las mesadas pensionales y hasta la fecha en que se efectúe su pago, conforme lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- 6) Costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 53 a 59), acuerdo al auto visible a folio 65. Se opuso a las pretensiones de la demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 1° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de julio de 2020. **DECLARÓ** la existencia del derecho a la prestación de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA ALCIRA BAQUERO DE MUÑOZ, a partir del 27 de agosto de 2008. **DECLARÓ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho la señora MARÍA ALCIRA BAQUERO DE MUÑOZ, en calidad de cónyuge del afiliado fallecido, a partir del 27 de agosto de 2008, con efectos fiscales a partir del 18 de mayo de 2015, en cuantía igual al salario mínimo legal vigente para cada anualidad, con reajustes legales y adicionales causados. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios causados a partir del 18 de julio de 2018 y hasta que se efectivice su pago. **COSTAS** a cargo de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación:

- 1. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que el señor Jesús Antonio Muñoz Soto no dejó causada la prestación, ni dejó cumplido los requisitos necesarios para que la demandante se haga acreedora de la pensión de sobrevivientes, pues no cuenta con la densidad mínima de semanas necesarias, esto es, 50 semanas dentro de los últimos 3 años antes del fallecimiento, pues conforme el reporte de semanas cotizadas, logró cotizar tan solo 47 semanas, lo que impide configurar el beneficio de la prestación reclamada.
- 2. INTERESES MORATORIOS:** Igualmente, solicita se revoque ésta condena, por correr suerte lo accesorio de lo principal, y adicionalmente, por cuanto Colpensiones no dejó de pagar la pensión de sobrevivientes por capricho, sino que efectivamente no se encontraban configurados los requisitos para que se hiciera acreedora de ella.
- 3. COSTAS:** Solicita se revoque la condena impuesta por concepto de costas y agencias en derecho, como quiera que siempre actuó bajo el principio de la buena fe, y es obligación de ella motivar sus actos administrativos conforme la normatividad vigente.
- 4. FALTA DE INTEGRACIÓN DE LA LITIS:** Señala que la etapa procesal para integrar la Litis no era en el decreto de pruebas, pues inicialmente había fenecido ésta etapa, y por manifestación de la demandante en el interrogatorio de parte, se logró establecer que posiblemente existe un beneficiario de la prestación, pues no puede hacerse un prejuzgamiento que tenía 33 o 29 años de edad, y que actualmente son mayores de edad, lo cierto es que ese tipo de consideraciones deben ser debatidas y establecidas en juicio, por lo que indica que debe revisarse la integración a juicio, pues a pesar de ser extemporánea, lo cierto es que la misma se dio de una manifestación den la práctica del interrogatorio de parte, y al no tener conocimiento de dicha situación con anterioridad, no era posible establecer

en otro momento la existencia de hijos del causante a efectos de solicitar que fueran integrados a la Litis.

No obstante la interposición del recurso de apelación, la sala también entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí conforme al material probatorio recaudado la señora MARÍA ALCIRA BAQUERO en calidad de cónyuge supérstite del causante JESÚS ANTONIO MUÑOZ SOTO acredita la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada, pese a reflejar en mora las semanas cotizadas por el causante. **2.** Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993. **3.** Costas procesales.

RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE:

Sea lo primero precisar que, se encuentra acreditado que la señora MARÍA ALCIRA BAQUERO GUTIÉRREZ y el señor JESÚS ANTONIO MUÑOZ SOTO contrajeron matrimonio el 22 de noviembre de 1980 conforme al registro civil de matrimonio visible a folio 18 del expediente.

Por otro lado, tampoco hay asomo de duda que el señor JESÚS ANTONIO MUÑOZ SOTO falleció el 26 de agosto de 2008, conforme registro civil de defunción visto a folio 15 del plenario, por lo que la norma aplicable para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes corresponde al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el **artículo 12 de la Ley 797 de 2003**, que establece como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado no menos de 5 años continuos con anterioridad a la fecha de su fallecimiento.

Sea del caso revisar si el señor JESÚS ANTONIO MUÑOZ SOTO dejó causada la prestación, pues el recurrente manifiesta en su recurso de apelación que el causante tan solo acredita 47,9 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento.

Así pues, al revisar el reporte de semanas cotizadas, actualizado al 12 de febrero de 2020, obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones visto a folio 55, se observa que el señor JESÚS ANTONIO MUÑOZ SOTO acreditó en toda su vida laboral un total de 333,57 semanas, de los cuales, **47,3** obedecen a los últimos 3 años anteriores al fallecimiento del causante (26 de agosto de 2005 a 26 de agosto de 2008).

No obstante lo anterior, se observa el ciclo **julio de 2006** en cero (0), bajo el empleador Centro Comercial Corocora, bajo la observación "Pago aplicado al periodo declarado".

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende que las obligaciones de iniciar las acciones relaciones con los cobros de los aportes a la seguridad social recaen única y exclusivamente en la entidad que administre esos recursos, esto es, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con el Art. 24 de la ley 100 de 1993 otorga la potestad a las Administradoras de pensiones de realizar el cobro coactivo de la siguiente manera *"corresponde a las administradoras de los siguientes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el gobierno nacional para tal efecto la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestara merito ejecutivo"*.

Por su parte el art. 57 de la misma Ley 100 de 1993 indica *"cobro coactivo de conformidad con el Código Contencioso administrativo y el art. 112 de la Ley 6 de 1992, las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida podrán establecer el cobro coactivo para ser efectivo sus créditos"*.

Al respecto es importante traer a colación el criterio adoctrinado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias radicación 34270 del 22 de julio de 2008, y 43023 del 07 de febrero de 2012, entre muchas otras, en las cuales indicó que en los eventos en que el empleador incurra en mora en el pago de las cotizaciones, la administradora de pensiones debe asumir el pago de las prestaciones siempre que ésta no haya ejercido las facultades de cobro.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencias C-177 de 1998, T-363 de 1998, SU-430 de 1998, y T-362 de 2011, entre otras, ha reiterado que el incumplimiento de los empleadores de su deber de efectuar oportunamente las cotizaciones, y el

correspondiente cobro que deben efectuar las entidades de seguridad social, constituye un trámite entre empleador-administradora que en manera alguna puede afectar el derecho de los trabajadores a pensionarse, por tratarse de la parte más débil de la relación, que ha cumplido con la obligación de prestar el servicio, y a quien el empleador le ha efectuado los descuentos legales correspondientes de su salario, fijando la Corte como regla jurisprudencial que *“el trabajador no tiene por qué asumir la mora del empleador en el pago de aportes, ni la ineficiencia de la administración en el cobro de los mismos”*.

Bajo las anteriores premisas, se concluye que el tiempo no reconocido por la entidad demandada carece de fundamento, como quiera que en la resolución SUB 183915 del 10 de julio de 2018 no tiene en cuenta la totalidad del tiempo cotizado para el empleador Centro Comercial Corocora, sin embargo, del mismo reporte de historia laboral actualizado al 12 de febrero de 2020 reflejan los periodos de agosto a diciembre de 2006 y de enero a julio de 2007 bajo el mismo empleador, tan solo hace falta el ciclo de julio de 2006, por lo que en caso de existir mora del empleador, la entidad demandada debe iniciar la acción de cobro coactivo con la empresa con el objetivo de no afectar el derecho prestacional de la demandante, razón por la cual se tendrá el tiempo no reconocido por la entidad demandada, esto es, **4,29** semanas faltantes, correspondiente a los periodos comprendidos del mes de julio de 2006.

Aclarado lo anterior, habrá de concluirse que el causante cotizó un total de **51,59** semanas (incluido el ciclo de julio de 2006), de conformidad con el reporte de historia laboral que obra en el expediente administrativo del causante, a folio 55 del plenario.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por el recurrente, el señor JESÚS ANTONIO MUÑOZ SOTO sí dejó causado el derecho prestacional, y por lo tanto, es posible entrar a estudiar la pensión de sobrevivientes que reclama la señora MARÍA ALCIRA BAQUERO, en calidad de cónyuge supérstite del causante, afirma haber contraído matrimonio con el causante, y desde dicha data haber convivido hasta el día del fallecimiento.

Como prueba de lo anterior, se aportó declaraciones extra proceso rendidas por las señoras MARÍA OLGA ROMERO MORENO y FRANQUELINA GÓMEZ VALENCIA, quienes coincidieron en manifestar que conocen a la demandante y al causante (QEPD) hace más de 40 años, por motivos de vecindad y de amistad, que la pareja

compartió techo, lecho y mesa de manera permanente e ininterrumpida, formando una comunidad de vida permanente y singular, hasta el día de su fallecimiento.

Por otro lado, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, quien indicó que contrajo matrimonio con el causante el 22 de noviembre de 1980, que durante el vínculo matrimonial nunca hubo ningún tipo de interrupción o separación temporal, e incluso que procrearon 5 hijos, que no recibe ningún subsidio del Estado, que el causante estaba cotizando al Instituto de Seguro Social antes de fallecer. Señaló que si bien al momento del fallecimiento del causante, alguno de sus hijos eran menores de edad, también lo es que hoy en día sus edades oscilan entre 29 y 33 años.

Visto lo anterior, se acreditan plenamente los presupuestos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la señora **MARÍA ALCIRA BAQUERO**, por cuanto se demuestra que en el presente caso la demandante contrajo matrimonio con el causante y convivió con éste por más de 30 años, superando los exigidos por la norma en comento, que establece 5 años en cualquier tiempo (Sentencia SL 1399 del 25 de abril del 2018); razón por la cual le asiste el derecho a la cónyuge supérstite al 100% del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del día 27 de agosto de 2008, confirmando el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Así pues, previo a resolver lo referente al *quantum* de la prestación, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el **26 de agosto de 2008**, fecha de fallecimiento del causante, o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo de dicha prestación, término

que en todo caso dejó pasar la parte actora, como quiera que solicitó por primera vez el reconocimiento de la prestación el día 09 de diciembre de 2009, solicitud que fue negada mediante Resolución No. 028369 del 19 de agosto de 2011 (fl. 55), en tanto que la presente demanda fue sometida a reparto el 15 de enero de 2019 (fl. 41), lo que significa que la demandante dejó transcurrir más de los 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, por lo que habrá de **DECLARARSE PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de enero de 2016, esto es, 3 años antes de radicar la presente demanda, conforme lo indicó el Juez de instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, como quiera que se está conociendo éste punto en el Grado de Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **15 de enero de 2016**.

Aclarado lo anterior, en lo que tiene que ver con el *quantum* de la pensión, se observa del reporte de semanas cotizadas, el causante cotizó sobre el salario mínimo legal mensual vigente, razón por la cual se reconocerá como mesada pensional una equivalente al SMLMV para cada anualidad, por así disponerlo las normas legales y constitucionales, junto con 14 mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, confirmando los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida en primera instancia, a partir del 15 de enero de 2016, dada la excepción de prescripción declarada probada parcialmente, modificando de ésta manera el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

En otro giro, la Sala no pierde de vista que mediante Resolución No. 028369 del 19 de agosto de 2011 (fl. 65), la entidad accionada le reconoció a la señora MARÍA ALCIRA BAQUERO la suma de \$1.789.522 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, precisando que dicha suma reconocida no resulta incompatible con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aquí discutida, y en aplicación al criterio adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2665 de 2018, y al Grado de Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, es procedente descontar dicha suma reconocida a favor de la demandante, del retroactivo pensional ordenado en ésta sentencia judicial.

Respecto de la solicitud del recurrente en integrar a la Litis a los hijos del causante, los cuales al parecer eran menores de edad al momento del fallecimiento del señor Muñoz Soto, no tiene vocación de prosperidad, como quiera que en primer lugar no es la oportunidad procesal para solicitar la integración al contradictorio de nuevos sujetos procesales, y en segundo lugar, por cuanto el mismo recurrente lo afirma, la actora señaló en el interrogatorio de parte que si bien algunos hijos del causante eran menores de edad al momento del fallecimiento, con lo que eventualmente tendrían derecho a la prestación, lo cierto es que se aplicó la excepción de prescripción a partir del 15 de enero de 2016, y no obra documento alguno dentro del plenario cuando cumplieron la mayoría de edad los hijos del acusante, razón por la cual, no hay lugar a integrarlos, porque como lo dijo la misma demandante, los hijos que fueron menores de edad al momento del fallecimiento del causante, tienen actualmente 29 y 33 años de edad, razón por la cual no es procedente acceder a su solicitud, pues una vez aplicada la excepción de prescripción, no tendrían derecho al reconocimiento de mesadas pensionales, y en ese sentido, se despacha desfavorablemente su súplica.

INTERESES MORATORIOS:

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

(...)

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa

¹ «A partir del 1° 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 la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en las sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigeró la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

En concordancia con lo antes expuesto, debe decirse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estipula que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la administradora está obligada al pago de los intereses moratorios sobre el importe de la obligación a su cargo.

Ahora bien, el artículo primero de la Ley 717 de 2001 establece que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse a más tardar **2 meses contados a partir de la fecha presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho.**

Aclarado lo anterior, dado los medios probatorios allegados al proceso se acredita que la demandante en calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente presentó reclamación administrativa el 09 de diciembre de 2009, la cual fue negada mediante Resolución No. 028369 del 19 de agosto de 2011 (fls. 65), bajo el argumento que el causante no reunía los requisitos para haber dejado causada el reconocimiento de la prestación.

Así pues, no solamente la entidad demandada no resolvió la solicitud dentro del término legal, sino que fue negativa ante la solicitud, teniendo derecho a la prestación, siendo importante resaltar la actitud omisiva del ISS hoy Colpensiones en iniciar las respectivas acciones de cobro coactivo con que cuenta a efectos de reconocer la prestación a favor de la demandante, como cónyuge supérstite del afiliado fallecido.

Así las cosas, la fecha de causación de los intereses moratorios de las *mesadas insolutas*, procedería a partir del **09 de febrero de 2010**, esto es, 2 meses a la radicación de la solicitud, no obstante, y dada la excepción de prescripción declarada en ésta sentencia, y dado el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, y en aras de no hacer más gravosa su situación, se condenará a Colpensiones se **MODIFICARÁ** el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a Colpensiones, a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios causados a partir del **15 de enero de 2016** hasta cuando se pague el retroactivo insoluto causado en ésta sentencia.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA

Finalmente el apoderado de la parte demandada presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **15 de enero de 2016**.

SEGUNDO: MODIFICAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora **MARÍA ALCIRA BAQUERO**, en calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido, a partir del 27 de agosto de 2008, con efectos fiscales a partir del 15 de enero de 2016, en cuantía igual al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente para cada anualidad, junto con los reajustes legales y 14 mesadas al año.

TERCERO: MODIFICAR el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones, a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios causados a partir del **15 de enero de 2016** hasta cuando se pague el retroactivo insoluto causado en ésta sentencia.

CUARTO: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a descontar la suma de \$1.789.522 por concepto de

indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de la demandante mediante Resolución No. 028369 del 19 de agosto de 2011, del retroactivo pensional ordenado en ésta sentencia judicial

QUINTO: **CONFIRMAR** en lo demás de la sentencia proferida el 27 de julio de 2020 por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEXTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500120190007301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500120190007301)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310500120190007301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2019-00626-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO
**DEMANDADO: SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
LIMITADA**
ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes demandante (fls. 427 a 437), así como del demandado (fls. 440 a 442) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO** instauro demanda ordinaria laboral contra de **SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA**

con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 265 a 269):

DECLARATIVAS:

- 1) La existencia de un contrato de trabajo a término fijo a un año entre el demandante y SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA desde el 16 de febrero de 2018, el cual se ha venido prorrogando en el tiempo.
- 2) El salario base de liquidación del actor ascendía a la suma de \$1.500.000.
- 3) Que el demandante es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud.
- 4) Se deje en firme el reintegro ordenado por el Juzgado 49 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Garantías en sentencia del 11 de diciembre de 2018, donde amparó los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada.
- 5) Declarar ineficaz el despido realizado por parte de SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA al demandante.
- 6) Ordenar la reubicación del demandante, a un puesto de trabajo acorde a su estado de salud y sus limitaciones físicas.
- 7) Que el demandante es beneficiario de la Ley 361 de 1997.
- 8) Que el demandante es beneficiario de los salarios que se dejen percibir desde el momento en el que se realizó el despido hasta que se emita sentencia.
- 9) Que el demandante, es beneficiario de las prestaciones sociales que se dejen de percibir desde el momento en el que se realizó el despido hasta que se emita sentencia.
- 10) Que el actor es beneficiario de los aportes al sistema de seguridad social que se dejen de percibir desde el momento en que se realizó el despido hasta que se emita sentencia.

CONDENATORIAS:

- 1) A la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social (Salud, pensión y ARL)

sobre la suma de \$1.500.000 desde el mes de febrero de 2018 al mes de abril de 2019.

- 2) A la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA a cancelar al actor los salarios que se dejen de percibir desde el momento en que se realizó el despido hasta que se emita sentencia.
- 3) A la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA a pagar al actor las prestaciones sociales que se dejen de percibir desde el momento en el que se realizó el despido hasta que se emita sentencia.
- 4) A la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA a pagar al actor los aportes al sistema de seguridad social (Salud, pensión y ARL) que se dejan de percibir desde el momento en el que se realizó el despido hasta que se emita sentencia.
- 5) A la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA a pagar al actor la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- 6) Costas procesales.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS:

- 1) Declarar la existencia de un contrato de trabajo a término dijo entre el señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO y la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA, desde el 16 de febrero de 2018 hasta el 11 de abril de 2019.
- 2) Declarar que el salario base de liquidación del señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO ascendía a la suma de \$1.500.000.
- 3) Que la terminación del contrato celebrado entre el demandante y la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA, se realizó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS CONDENATORIAS:

- 1) A la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA a pagar al actor la indemnización correspondiente al artículo 64 del CST.

2) A la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA a cancelar al demandante la indemnización correspondiente del Art. 65 del CST.

3) Costas procesales.

La SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA contestó la demanda (fls. 231 a 417), de acuerdo al auto visible a folio 419. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de noviembre de 2020. **ABSOLVIÓ** a la SOCIEDAD LICEO COMERCIAL SUPERIOR DE BOGOTÁ LTDA, de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por el señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose el Despacho de cualquier otro tipo de análisis de mecanismo exceptivo. Sin condena en **COSTAS** en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta la oponibilidad de las circunstancias médicas que tiene el demandante, respecto de la terminación del contrato de la segunda vinculación, téngase en cuenta, que de acuerdo a la documental aportada con la demanda, se dio a conocer que cuando se suscribió el primer contrato de trabajo, mediante comunicado que se presentó ante la empresa, una vez recibida la carta de no renovación o prórroga el contrario, se dio a conocer la situación médica que tenía el actor, a pesar de ello se terminó la relación laboral y nuevamente, mediante la orden de tutela se ordenó realizar un contrato nuevo, conforme a la

oponibilidad que hacía referencia el Despacho, téngase en cuenta que se aportaron como documentales las comunicaciones del 11 de marzo de 2019 y la del 20 de marzo de 2019, igualmente existe respuesta por parte de la accionada, mediante comunicación del 9 de abril de 2019, 2 días antes que se terminara el contrato por el término de 4 meses, que inicialmente había indicado el Juez de Tutela, para que continuara el actor vinculado, de esa manera, considera que sí se puso en conocimiento el estado de salud del demandante, conforme las anteriores comunicaciones, tanto es así que como se indicó en la parte considerativa de la sentencia, posterior a la fecha de desvinculación 11 de abril de 2019, nuevamente el demandante sin tener conocimiento, radica Acción de Tutela, ante el Juzgado 18 Penal de Conocimiento, mediante Rad. 2019-070, que efectivamente negó las pretensiones de la demanda, pero lo relevante allí es que se aportó historia clínica del demandante, copia de las incapacidades y en este orden de ideas se le puso de presente al demandado el estado de salud del actor, concluyendo así que si fueron oponibles la situación de salud del actor al accionado.

Así mismo, se aparta de la valoración del Juzgado, el hecho de solicitar como un requisito y aportar, los conceptos de rehabilitación posteriores al 11 de abril de 2019, teniendo en cuenta que ya no existía una relación laboral entre las partes, y en ese sentido si no ostentaba la calidad de empleado, no podía poner de presente un concepto de rehabilitación, si no existe vínculo jurídico que atara a las partes.

En ese sentido, trae a colación la sentencia SL2586 de 2020, mediante la cual indica que para dar lugar a la constitución a los derechos referidos a personas con discapacidad, no se requiere de una prueba solemne, la discapacidad es una situación real de la persona, se puede acreditar con cualquier medio, bajo el principio de la libertad probatoria, que por lo tanto el reconocimiento de una discapacidad no está supeditado a un carné, o un certificado o un dictamen que determine el porcentaje exacto de pérdida de capacidad laboral a la fecha de terminación del contrato, considera que con las incapacidades aportadas al plenario, donde transcurrieron más de 540 días, y en ese sentido, si bien fue dictaminado con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo laboral, no debía ser notificado al empleador pues fue con posterioridad al 11 de abril de 2019.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTIVO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí es procedente ordenar el reintegro definitivo, previamente ordenado de manera transitoria por sentencia de tutela del demandante al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, sí para el momento de la terminación del contrato de la parte actora gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato.

Existencia del contrato de trabajo

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO suscribió un contrato a término fijo de duración inferior a un año con la SOCIEDAD LICEO SUPERIOR DE BOGOTÁ desde el 16 de febrero de 2018 al 13 de abril de 2018, para desempeñar el cargo de PROFESOR, devengando un salario de \$980.000, conforme el contrato individual de trabajo a término inferior de un año (fl. 7).

Que de conformidad con la certificación visible a folio 11 del plenario, se tiene que si bien el contrato inicial estuvo vigente desde el 16 de febrero de 2018 al 13 de abril de 2018, terminado el mismo no se desvinculó al actor del Sistema de Seguridad Social debido al accidente que sufrió el día 9 de marzo de 2018. A partir de esa fecha, se le han cancelado las incapacidades otorgadas por la EPS FAMISANAR.

Que mediante sentencia de tutela proferida el 11 de diciembre de 2018 por el Juzgado 49 Penal Municipal con Función de Control de Garantía, se tuteló el derecho

fundamental a la estabilidad laboral reforzada a favor del señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO, y en consecuencia se ordenó al LICEO SUPERIOR DE BOGOTÁ reintegrar de manera transitoria al actor a un cargo equivalente o de superior jerarquía al que venía desempeñando, si así lo estima el accidente, bajo la modalidad contractual de trabajo a término fijo por el lapso de cuatro meses y que, en todo caso, se ajuste a las condiciones actuales de salud del demandante, conforme las restricciones médicas que le prescriba el médico tratante. En dicha decisión se instó al actor a que acudiera a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, con el fin de entablar las acciones legales pertinentes para que se resuelva la controversia planteada, y si es del caso, el pago de las acreencias laborales a que haya lugar (Fls. 15 a 20).

Teniendo en cuenta lo anterior, se suscribió un nuevo contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año por duración de 4 meses, desde el 11 de diciembre de 2018 al 11 de abril de 2019, para desempeñar el cargo de PROFESOR, devengando un salario mensual de \$980.000 (fl. 23).

Mediante comunicación del 7 de marzo de 2019, la sociedad LICEO SUPERIOR DE BOGOTÁ dio por terminado el contrato de trabajo por vencimiento de término, conforme lo dispone el numeral C) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, decisión que será efectiva a partir del 11 de abril de 2019 (fl. 24), situación que se colige igualmente de la liquidación del contrato de trabajo vista a folio 41 del plenario.

Ineficacia del despido y reintegro definitivo – estabilidad laboral reforzada:

El conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad Liceo Comercial Superior de Bogotá terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por duración de cuatro meses, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, dadas las condiciones especiales de salud del actor laboral.

Ahora bien, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer

énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%,** b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”. Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo,

independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n.º 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, pertinente para resolver si el empleador conocía el estado de salud del trabajador, reposa derecho de petición radicada ante la sociedad demandada el día 11 de marzo de 2019, mediante la cual le solicita la demandada no dar por terminado el contrato de trabajo, y continuar haciendo aportes a la Seguridad Social (fl. 25 a 27).

Obra respuesta a derecho de petición con fecha 9 de abril de 2019, mediante el cual la accionada le indica al actor que dio cumplimiento estricto a la orden de tutela del 11 de diciembre de 2018, mediante el cual se ordenó por cuanto tiempo y en qué condiciones debió prorrogársele el contrato de trabajo. Así mismo, le indicaron al actor que no existe ningún tipo de persecución laboral al aquí demandante, como quiera que el actor no trabaja desde hace varios meses en las instalaciones de la demandada, a causa de sus continuas incapacidades, resaltando que quien ha actuado de mala fe y temerariamente es el señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO, ya que no presenta las incapacidades en término al empleador, por tanto, éste último desconoce su situación, y en su lugar aprovecha para cobrar los salarios completos, ya que las entidades le están cancelando directamente las respectivas incapacidades, y eso genera un detrimento patrimonial para el colegio demandado (fls. 29 y 30).

Así mismo, allega pantallazos de conversaciones en la plataforma WhatsApp (fls. 31 a 35), comprobantes de pago (fls. 36 a 41), reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir SA (fls. 44 a 46).

Reporte de incapacidades expedida por la EPS FAMISANAR desde el 9 de marzo de 2018 al 30 de julio de 2019, para un total de 507 días de incapacidad (fls. 47 y 48).

Formato de consentimiento informado para llevar a cabo el procedimiento denominado "SEPTOTURBINoplastia" (fl. 49), Certificado de incapacidad del 30 de agosto de 2019 al 28 de septiembre de 2019 (fl. 50 y 51), epicrisis (fls. 52 a 261 y de 350 a 417).

Comunicación dirigida a la EPS FAMISANAR por parte de la demandada del día 13 de febrero de 2019, mediante la cual solicita información acerca de la condición o el

concepto médico definitivo del señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO, o si definitivamente perdió su capacidad laboral. Señala que la solicitud la presentan por cuando el trabajador manifiesta que todavía no puede asistir a su trabajo porque tiene varias cirugías pendientes pero no presente la incapacidad de parte de la EPS y tampoco presente la orden de cirugía o el proceso médico que se esté llevando a cabo por esa entidad (fl. 316).

Comunicación del 14 de marzo de 2019 dirigida al actor, mediante la cual la demandada le manifiesta que el Colegio demandado ha dado cabal cumplimiento a la orden de tutela proferida por el Juzgado 49 Penal Municipal con Función de Conocimiento, el cual ordenó reintegrar laboralmente al demandante, bajo la modalidad "contractual de trabajo a término fijo por lapso de 4 meses"; que desde la fecha 11 de diciembre de 2018, el señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO solo se presentaba al día de pago, pero no justificaba su ausencia al trabajo ni entregaba las incapacidades que pudiera tener. Que hasta el 13 de marzo de 2019 entregó las incapacidades de diciembre de 2018 y enero de 2019; que en el mes de febrero de 2019 no ha justificado su ausencia al trabajo ni ha presentado alguna incapacidad. Señala finalmente que el contrato a término fijo de 4 meses que se suscribió por orden de tutela, vence el 11 de abril de 2019 y hasta el momento no hay pronunciamiento judicial que diga lo contrario (fl. 317).

En comunicación dirigida al demandante de fecha 7 de marzo de 2019, se le informó que debido a que no se ha presentado a trabajar desde el 11 de diciembre de 2018, fecha en la cual se suscribió por orden judicial el contrato de trabajo a término fijo de 4 meses, y que tampoco ha presentado incapacidades que justifiquen su ausencia, le recordaron que debía mantener informado oportunamente acerca del proceso que se adelanta con respecto a su salud e incapacidades, por tanto es importante que solicite a su médico tratante, la certificación concerniente a su estado de salud actual, teniendo en cuenta su historia clínica y haga llegar dichos documentos a la mayor brevedad (fl. 318).

Finalmente, mediante sentencia de tutela del 15 de mayo de 2019, el Juzgado 18 Penal Municipal con Función de Conocimiento rechazó la acción de tutela incoada por el señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO, por resultar la misma una actuación temeraria, toda vez que los argumentos presentados por el actor y que

fueron tratados mediante tutela conocida por el Juzgado 49 Penal Municipal con Función de Conocimiento, dan la seguridad que el demandante interpuso dos acciones de tutela con base en los mismos hechos, y ante la omisión al no haber acudido ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, se advierte que lo que busca el actor es una nueva valoración a sus pretensiones, mismas que ya fueron concedidas de manera transitoria (fls. 343 a 347).

Por otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO, quién manifestó que estuvo vinculado para la demandada como docente, mediante contrato a término fijo inferior a un año, inicialmente se le informó que iba a ser un reemplazo de una profesora de Lengua Castellana, pero tenía la posibilidad de quedarse para terminar el año completo. Que de manera física le entregaba las incapacidades a la demandada, e igualmente las enviaba vía WhatsApp, pantallazos que fueron aportados a la demanda. Que no pudo terminar el contrato inicial por cuanto tuvo el accidente el 9 de marzo de 2018.

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, quien señaló que el demandante entró a trabajar el 16 de febrero de 2018 al 16 de abril de 2018, con un contrato a término fijo por duración de 2 meses. Que se vinculó por cuanto se necesitaba llenar la licencia de una titular (Ligia Rodríguez) por dos meses. Que las funciones que tenía el demandante era dictar las clases de español de 3 cursos, con una asignación de 3 horas semanales. Que no existía la posibilidad que el demandante continuara trabajando después de realizar la licencia por dos meses, pues desde el comienzo se le indicó que el objetivo de su contratación era reemplazar a la profesora que tenía dos meses de licencia. Terminado el plazo pactado el 16 de abril de 2018, se presentó la titular de la asignatura para reintegrarse. Que el demandante no trabajó de manera continua, solo fue inicialmente por un periodo de 2 meses y vencido dicho periodo se le vencía el contrato, en marzo se le informó que se le vencía el contrato suscrito. A mediados de marzo de 2018, se le comunica que el 16 de abril de 2018 se le termina el contrato. Que para fecha de comunicación del preaviso, el demandante no había comunicado a la empresa demandada sobre alguna incapacidad que tuviera, tampoco llevó una constancia médica si tenía una discapacidad para trabajar. Se le requirió al demandante para que informara su situación de salud y no manifestó nada, en el segundo contrato nuevamente se requirió al actor para que presentara

constancia de su estado de salud, y si estaba incapacitado, y no se presentaba a trabajar, ni informaba sobre su estado de salud. Que el segundo contrato se suscribió por orden de tutela para suscribir un nuevo contrato por el término de 4 meses desde el 11 de diciembre de 2018. Que para el segundo contrato no fue posible que el demandante aportara incapacidades médicas o certificado de su situación de salud, por lo que lo requirieron por escrito para que aportara incapacidad, allegó una incapacidad por 30 días por enfermedad general.

Por las acotaciones legales y jurisprudenciales expuestas, las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones severas y profundas, así lo contempla su artículo 1 en que edifico sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimito el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, así como los interrogatorios de parte, extraña la Sala que el demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que a la finalización del vínculo laboral se encontraba incapacitado, con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalía y consecuentemente determinar si es beneficiario o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que depreca en su escrito de demanda.

Ahora bien, sin lugar a dudas la parte activa de la presente Litis, no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo, como quiera que en primer lugar, no obra prueba fehaciente que acredite que el trabajador hubiese puesto en conocimiento el estado de salud al ex empleador, pese a los requerimientos que ésta última realizó al actor en comunicación escrita del 7 de marzo de 2019, sin obtener respuesta favorable, si bien tenía conocimiento del accidente que padeció en el año inmediatamente anterior, y que con ocasión del fallo de tutela proferido por el Juzgado 49 Penal Municipal se reintegró al actor por encontrarse, a su consideración, en una condición

de estabilidad laboral reforzada, lo cierto es que dicha situación durante la vigencia del segundo contrato por duración de 4 meses no fue acreditada, ni puesta en conocimiento del empleador.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador en ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita conforme la certificación expedida por la EPS FAMISANAR visible a folios 47 y 48 del plenario, que el señor MARCO AURELIO QUINTERO GALLARDO se encontraba incapacitado del 3 de marzo de 2019 al 1 de abril de 2019, esto es, para el momento en que se le presentó el preaviso de fecha 7 de marzo de 2019, y una incapacidad posterior del 2 de abril de 2019 al 1 de mayo de 2019, fecha en que feneció el vínculo laboral, lo cierto es que dichas incapacidades no fueron conocidas por el colegio demandado, y éste es uno de los requisitos primordiales para configurar la estabilidad laboral reforzada que pretende el actor.

En suma, para el momento del despido, el empleador debía contar con el conocimiento pleno de la existencia de unas condiciones de *funcionalidad diversa* del demandante, que le merecieran la protección legal ya citada, lo que para el presente caso no se logró demostrar, sino en el curso del proceso cuando aportó el certificado expedido por le EPS FAMISANAR visto a folios 47 y 48 del plenario.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas que puedan conducir con posterioridad a una pérdida de capacidad laboral, como en el caso bajo estudio, sino que se requiere la indiscutiblemente el conocimiento del empleador del estado de salud del trabajador a efectos que opere la estabilidad mencionada.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por la demandante, fue la condición de incapacidad, que era su responsabilidad probatoria para el momento del despido y tras ello, el conocimiento del empleador, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

En el caso bajo examen, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del actor, o si quiera que estuviera incapacitado, lo cierto es que el no conocimiento por parte del empleador o incluso la inexistencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes no se dio ni siquiera en el curso del litigio y, por ende, no se pudo acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación del demandante. Tras ello, se reitera, se debía comprobar que el empleador conociera dicha situación y que su despido se basó en una decisión carente de razón objetiva, lo que no ocurrió en el presente asunto.

Sólo una vez en aquel escenario, podría entenderse que la parte actora estaba amparado por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar la Sala que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador que sí desplegó el empleador demuestran precisamente que las indiscutidas dolencias de salud le permitían una integración satisfactoria con el entorno y, por lo mismo, no era merecedor de la protección legal que pretendió originalmente (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión de que a pesar de que pudo padecer el demandante alguna afectación de salud, realmente no se encontró demostrado en el plenario que ello supusiera activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que fuera necesaria la autorización previa del Ministerio del Trabajo, sino que por el contrario, y de conformidad con las pruebas arrimadas al

proceso, el vínculo laboral se dio por finalizado con el preaviso presentado al actor, con ocasión al vencimiento del plazo fijo.

En atención a las consideraciones antes expuestas; se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia absolutoria proferida en sentencia de primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante (parte demandante), habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020 por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

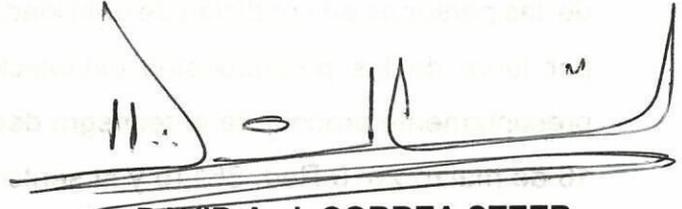
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

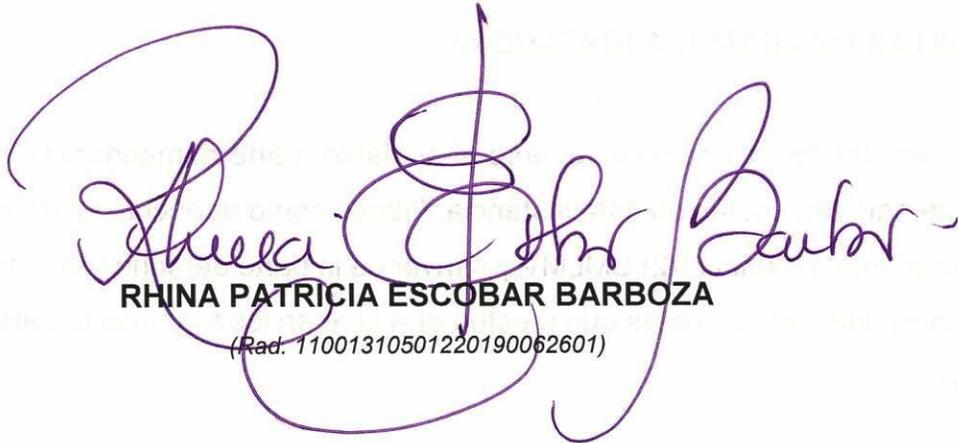
Ponente

(Rad. 11001310501220190062601)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220190062601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501220190062601)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 21-2019-00141-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA
DEMANDADO: DIANA MARÍA CORREA GODOY
ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 86 a 88) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA** instauro demanda ordinaria laboral contra de **DIANA MARÍA CORREA GODOY** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 18 a 20):

- 1) Que entre la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY y la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA existió un contrato de trabajo, el cual terminó por causal imputable al empleador.
- 2) Condenar a la demandada a pagar a la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA por concepto de prima de enero a junio de 2016 la suma de \$130.000.
- 3) Condenar a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a pagar a la demandante por concepto de prima de julio a diciembre de 2016 la suma de \$130.000.
- 4) Condenar a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a pagar a la actora por concepto de prima de enero a junio de 2017 la suma de \$130.000.
- 5) Condenar a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a pagar a la actora por concepto de prima de julio a diciembre de 2017 la suma de \$130.000.
- 6) Condenar a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a pagar a la actora por concepto de prima de enero a junio de 2017 la suma de \$87.000.
- 7) Que la demandada debe pagar a la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA, por concepto de interés a las cesantías la suma de \$1.098.856.
- 8) Condenar a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a pagar a la demandante, por concepto de vacaciones la suma de \$2.289.283.
- 9) Condenar a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a pagar a la actora por concepto de indemnización, siendo justa causa por parte del trabajador dar por terminado el contrato laboral por incumplimiento en el pago de la remuneración pactada en las condiciones y periodos convenidos con el empleador la suma de \$3.195.140.
la suma de \$130.000.
- 10) Que la demandada debe pagar a la actora la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por no haber cancelado a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos al trabajador. La presente condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
- 11) Ordenar a la demandada la respectiva cotización al fondo de pensiones Colpensiones, los aportes a pensión obligatoria en proporción al salario percibido por la actora desde el 1 de enero de 1989 hasta el 1 de enero de 2018.

12) Costas procesales.

DIANA MARÍA CORREA GODOY contestó la demanda (fls. 32 a 49 y 53 a 61), de acuerdo al auto visible a folio 62. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de septiembre de 2020. **DECLARÓ** que entre la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA, y la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de abril de 2018. **CONDENÓ** al demandado a pagar a la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA la suma de \$89.351,41 por concepto de compensación de vacaciones suma que deberá indexarse al momento de su pago. **CONDENÓ** a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a pagar a la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST por la tardanza en el pago de prestaciones sociales desde el 1 de mayo de 2019 y hasta el 16 de julio de 2018, por la suma de \$592.344. **CONDENÓ** a la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY a efectuar los aportes en pensión que le corresponden a la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 30 de abril de 2018, con base en el cálculo actuarial que efectúe la administradora de fondo de pensiones al que se encuentre afiliado o al que se afilie, en proporción a un día a la semana laborado, incluyendo la sanción moratoria de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, teniendo como ingreso base de cotización los siguientes:

AÑO	Salario Mensual
2014	\$616.000
2015	\$644.350
2016	\$689.455
2017	\$737.717
2018	\$781.242

NEGÓ las demás pretensiones de la demanda incoadas por la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA en contra de la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$150.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Señala que la Juez de instancia no le dio profundidad legal ni jurisprudencial al derecho de petición de fecha 30 de julio de 2018 que reposa en el expediente, pues al no dar contestación por parte de la demandada, el cual fue elaborado por el Consultorio Jurídico de la Universidad, llenando el total de los requisitos, olvidando que el derecho de petición es un derecho de rango constitucional, y denominado como derecho fundamental, razón por la cual se evidencia sin duda alguna, la mala fe por parte de la demandada, al ser el empleador quien posee una posición dominante ante la subordinación manifiesta que la actora presentó un derecho de petición, y de conformidad con el interrogatorio de parte practicado a la misma demandada, pone en duda la audiencia de conciliación adelantada ante la Universidad Santo Tomas, la cual se describen los extremos laborales, el salario, el mal intencionado pago que recibió la actora como liquidación, el cual fue obligada a recibir, pues así como a demandante, explicó en su interrogatorio de parte, no tenía solvencia alguna, ni tenía solvencia alguna, en pro a que ella tenía a una cirugía, y allí se dejó constatado en el Despacho, ésta situación debe ser determinante para demostrar la mala fe del empleador.

En ese sentido, se observa sin límite alguno los actos de mala fe de la demanda, hechos que deben ser sancionados a través de la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, toda vez que omitieron al pago de prestaciones sociales, equivalente a un día de salario, por cada día de retardo, en el pago de las diferencias de la liquidación.

INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR JUSTAS CAUSAS ATRIBUIBLES AL EMPLEADOR: La señora Juez no tuvo de presente el artículo 13 del CST, que dispone sobre los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, las garantías que la ley laboral ha consagrado a su favor, pero la demandada, en una conciliación, siendo acompañada por la que hoy es su abogada, intentaron hacer renunciar a la demandante a renunciar aquellos derechos que son irrenunciables, aprovechándose la falta de estudio de la demandante, para engañar a la demandante, es así que dentro de la liquidación se evidencia la mala fe de la demandada, olvidando el pago de la seguridad social, hecho que atenta directamente con la oposición que dio origen a la terminación del contrato de trabajo unilateral por parte del empleador, y que de acuerdo con el artículo 64 del CST, recuerda que la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, va envuelta con la condición resolutoria de lo pactado, como el pago de la indemnización de perjuicio de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente, y la Juez en ningún momento nunca precisó que la demandante tuvo un contrato laboral verbal, entendiendo como indefinido, razón por la cual solicita respetuosamente se condene la indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador.

TESTIGO TACHADA POR SOSPECHA: La testigo presentada por la parte demandada fue tachada por sospecha, al ser la suegra de la señora demandada, es decir, no hay ninguna prueba fuerte que demuestre que la actora no trabajó desde el año 2007 al 2018, y en su lugar, los testigos aportados por la parte actora, fueron concretos al testificar que la actora trabajó desde el año 2007, no dejando duda el extremo inicial de la relación laboral.

INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1990: En su interrogatorio manifestó que nunca consignó el valor correspondientes por prestaciones sociales a la demandante, por lo cual se observa el acto de mala fe, y esa omisión da lugar a aplicar lo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prevalentemente dentro del artículo 65 del CST.

ULTRA O EXTRA PETITA: Señala que si el superior avizora algún derecho que se encuentre vulnerado, que haya omitido indicar y no haya sido apelado, en virtud de lo consagrado en el artículo 50 del CPT y SS se de aplicación al mismo

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** El extremo inicial de la relación laboral. **2.** Indemnización por despido sin justa causa atribuibles al empleador. **3.** Indemnización de que trata el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1950 **4.** indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST. **5.** Facultades *ultra* y *extra petita* en segunda instancia.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Juez de instancia declaró que entre la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA, y la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de abril de 2018.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante aduce en su recurso de apelación, que la relación laboral entre las partes tiene como extremo inicial en el año 2007, y en ese sentido no puede tenerse en cuenta la testigo FLOR ELBA CASTELLANOS PÁEZ, pues al haber tachado de sospechosa, al ser la suegra de la señora demandada, no hay ninguna prueba fuerte que demuestre que la actora no trabajó desde el año 2007 al 2018, y en su lugar, los testigos aportados por la parte actora, fueron concretos al testificar que la actora trabajó desde el año 2007, no dejando duda el extremo inicial de la relación laboral.

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de

quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Ahora bien, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, a efectos de acreditar la prestación personal del servicio y el extremo inicial de la relación laboral, se recibió el testimonio de la señora **ANA ELVIA ZAMORA**, quien indicó ser la tía de la demanda, adujo conocer a la actora desde el año 1997, señaló haber participado de una reunión en diciembre de 2011 en la casa de la accionada, donde la señora RAMIREZ SALAMANCA había llegado a ayudar con el servicio, y que la señora CORREA GODOY le canceló 2 días de trabajo por valor de \$110.000, en atención que le cancelaba \$55.000 diarios. Que le consta que la demandante laboró en la casa de la señora Diana los días lunes, jueves y viernes por que la misma demandante se lo contaba, pero que no visitaba a la señora Diana.

De otro lado, la señora **FLOR ELBA CASTELLANOS PÁEZ** manifestó ser la vecina de la demandante y que la conoce hace más de 20 años, y que le comentaba que trabajaba donde la señora Diana, y que la actora la recomendó para trabajar en la casa de unos inquilinos de la demandada y su madre, sin embargo, indicó que no visitó la casa de la demandada. Que tiene conocimiento que la señora Inés trabaja en la casa de la señora Diana desde el año 2014, que desde ese tiempo viajaba en el bus con la demandante, saliendo a las 6:30 AM y regresaba a las 5:30 PM, que algunos días le manifestaba la demandante que iba a trabajar a la casa de la señora Melba y otros días a la casa de la señora Diana, especialmente los lunes, jueves y viernes. Que del año anterior al año 2014 no le consta que haya laborado para la señora Diana, pues tan solo la demandante le comentaba que trabajaba para la señora Diana desde el año 2007.

Ahora bien, la señora **ROSA WALDINA MORENO PULIDO** quien indicó conocer a la demandante desde tener uso de razón por ser de Sotaquirá - Boyacá, que conoció a la señora demandada cuando la demandante la llevó a trabajar a la casa de la señora demandada. Que sabe que la actora trabajó en la casa de la demandada desde 2007 al 2018, porque con la demandante siempre han sido cercanas y le cuenta todo y que a pesar que no vive en Bogotá, la demandante le contaba que seguía trabajando en la casa de la señora Diana. Que conoce de la relación laboral, porque en varias oportunidades Inés le comentaba que trabajaba en la casa de la señora Diana. Que laboraba lunes, jueves y viernes.

Finalmente, **ISBAN PANCHE DE ROJAS** señaló ser la suegra de la demanda, indicó que conoció a la demandante porque trabajó con su nuera y en algunas oportunidades que la visitó la vio para los años de 2014 y 2015, pero que antes de 2014 no vio a la demandante, y que después de 2015 no sabe si la demandante continuó trabajando, porque se fue a vivir a Ubaté, que no sabe que salario devengaba y que no recuerda haberla visto en el matrimonio de su nuera. Que no sabe que contrato tenía, pero supo que hacía los quehaceres del hogar de su nuera.

Frente a la declaración de ISBAN PANCHE DE ROJAS, persona que fue tachada de sospechosa con ocasión al parentesco que tiene con la demandante, no por ello debe restársele credibilidad, pues estos deben ser apreciados con mayor rigorismo, habida consideración que la “sospecha” no es una inhabilidad, o incapacidad para

declarar, sino una presunción de parcialidad en lo que se va a declarar, porque dados los vínculos del declarante con alguna de las partes se puede presumir algún determinado interés en faltar a la verdad, no obstante, el dicho de la referida testigo relatan los hechos que vivió y le constaron en la casa de su nuera, la aquí demandada, y en su declaración no se evidencia la intención de favorecer manera tendenciosa a ninguna de las partes en específico, sino que por el contrario, de la información que brindó en su declaración da su apreciación respecto de lo que le contra haber visto respecto de la relación que ató a las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, las testigos no dan cuenta de manera uniforme el extremo inicial de la relación laboral que ató a las partes, pues mientras la señora ANA ELVIA ZAMORA, indicó que tan solo en una oportunidad en diciembre de 2011 vio a la demandante en la casa de la señora Diana ayudando en los oficios del hogar, mientras que la señora FLOR ELBA CASTELLANOS PÁEZ señala que c no tiene conocimiento que la demandante haya laborado con anterioridad al año 2014 para la demandada, por otro lado, la señora ROSA WALDINA MORENO PULIDO afirmó que la demandante trabajó para la demandada desde el año 2007, no por constarle, sino porque le contaba la demandante por ser tan allegadas, finalmente, la señora ISBAN PANCHE DE ROJAS fue muy imprecisa en establecer extremos de la relación laboral, pues tan solo afirmó que vio a la demandante en la casa de la demandada desempeñando oficios del hogar para los años 2014 y 2015, pues antes de 2014 no vio a la demandante, y que después de 2015 no sabe si la demandante continuó trabajando, porque se fue a vivir a Ubaté.

En ese orden de ideas, y contrario a lo afirmado por el recurrente, ninguna testigo da cuenta de manera clara el extremo inicial de la relación laboral, ni son coincidentes entre ellas, pues todas y cada una de ellas relaciona una fecha inicial diferente en que la demandante comenzó a trabajar para la demandada, siendo varias de ellas testigos de oídas, donde no presenciaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cuando se dio inicio a la relación laboral entre las partes y si en el caso de la señora ANA ELVIA ZAMORA quien presencié que la demandada le canceló en el año 2011 a la actora la suma de \$110.000, la misma fue por haber laborado tan solo 2 días en esa oportunidad, sin que sea indicativo que la relación laboral haya iniciado en dicha data, máxime si se tiene en cuenta que la misma deponente manifestó no conocer la casa de la demandada.

Así es que resulta a todas luces insuficientes los testigos recibidos en el presente asunto a efectos de demostrar la relación laboral desde el año 2007, no obstante debe resaltarse que desde la contestación de la demanda, la señora Diana Ramírez admite que la relación laboral entre las partes inició el 1 de enero de 2014 al 30 de abril de 2018.

Igualmente, reposa liquidación de acreencias sociales que data del 17 de julio de 2018, donde se indica como fecha de inicio de la relación laboral se dio el 1 de enero de 2014, con fecha de terminación el 30 de abril de 2018, recibiendo la demandante el valor de \$1.952.943, documental que cuenta con la firma de la demandante, documental que no fue desconocida ni tachada por la actora, por lo que goza de plena validez, más aun cuando le misma demandante aceptó haber suscrito dicho documento. En este punto de la decisión, vale la pena resaltar que dicha liquidación no obedece a una conciliación efectuada ante una Universidad como lo indica el apoderado de la parte demandante, aduciendo una posible renuncia a derechos laborales de la demandante, sino que por el contrario, obedece a una liquidación de acreencias laborales, de forma genérica, en la que declara estar a paz y salvo por todo concepto derivado de la relación laboral, y si bien el apoderado de la parte demandante aduce alguna especie de presión o de fuerza al recibir la suma de dinero que le canceló la demandada, lo cierto es que no logró demostrar algún vicio en el consentimiento a efectos de que sea declarada.

En ese sentido, la Sala despacha desfavorablemente en pretender declarar el extremo inicial desde el año 2007, máxime si se tiene en cuenta que no da cuenta de una fecha exacta desde la cual comenzó la relación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, habrá de **CONFIRMAR** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de declarar que entre la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA, y la señora DIANA MARÍA CORREA GODOY existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de abril de 2018.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ATRIBUIBLES AL EMPLEADOR:

La parte actora solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador, como quiera que la Juez no tuvo de presente el artículo 13 del CST, que dispone sobre los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, las garantías que la ley laboral ha consagrado a su favor, pero la demandada, en una conciliación, siendo acompañada por la que hoy es su abogada, intentaron hacer renunciar a la demandante a aquellos derechos que son irrenunciables, aprovechándose la falta de estudio de la demandante, para engañar a la demandante, es así que dentro de la liquidación se evidencia la mala fe de la demandada, olvidando el pago de la seguridad social, hecho que atenta directamente con la oposición que dio origen a la terminación del contrato de trabajo unilateral por parte del empleador, y que de acuerdo con el artículo 64 del CST, recuerda que la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, va envuelta con la condición resolutoria de lo pactado, como el pago de la indemnización de perjuicio de la parte responsable, ésta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente, y la Juez en ningún momento nunca precisó que la demandante tuvo un contrato laboral verbal, entendiendo como indefinido.

En cuanto a la indemnización reclamada por la parte demandante con ocasión al despido indirecto que alega haberse presentado, cabe señalar que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia del 9 de agosto de 2011, de radicación No. 41490, reiteró que cuando un trabajador da por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, aduciendo justas causas imputables al empleador, le corresponde la carga de demostrar los motivos que conllevaron a la terminación unilateral del contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido.

No obstante, si bien la parte actora ^{contra} aduce en la demanda que procede la indemnización por despido sin justa causa por incumplimiento en el pago de la remuneración pactada, mientras que en el recurso de apelación incoado señaló, que fue con ocasión a la omisión en el pago de la Seguridad Social, y que intentaron engañar a la demandante, haciendo renunciar a la demandante a aquellos derechos que son irrenunciables en una audiencia de conciliación en que asistieron las partes.

Empero, si bien el apoderado se contradice en sus fundamentos al solicitar el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa establecida en el Art. 64 del CST, adicional a ello, debe reiterarse que dentro del plenario no existen medios probatorios suficientes que acrediten el despido unilateral por parte del empleador, pues no se tiene prueba siquiera sumaria de cómo se dio por terminada la relación laboral, así como tampoco del supuesto engaño que supuestamente sufrió la demandante en la audiencia de conciliación, y a qué derechos laborales la hicieron renunciar.

En ese orden de ideas, la Sala despachará desfavorablemente las súplicas incoadas por el recurrente, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la absolución de la indemnización por despido sin justa causa.

INDEMNIZACIÓN DE QUE TRATA EL NÚM. 3 DEL ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1950:

Ahora bien, señala el recurrente que las actuaciones desplegadas por la demandada obedecieron a actuaciones de buena fe, toda vez que la demandada en su interrogatorio de parte manifestó que nunca consignó el valor correspondiente a las prestaciones sociales a la señora EMMA MARÍA INÉS RAMIREZ SALAMANCA, por lo cual se observa el acto de mala fe, y esa omisión da lugar a aplicar lo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prevalentemente dentro del artículo 65 del CST.

En ese sentido, la sanción por no consignación de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

Igualmente, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego

debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

No obstante lo anterior, vale la pena señalar en primera medida que de conformidad con las pretensiones incoadas en la demanda vista a folios 18 a 20 del plenario, la parte actora no pretendió el reconocimiento de la indemnización de que trata el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1950.

Así mismo, al verificar la fijación del litigio adelantada en audiencia del 25 de agosto de 2020, visible a folios 69 vuelto y 79, el Juzgado de instancia tampoco incluyó en la misma el reconocimiento y pago de la sanción de que trata el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1950.

En ese sentido, no es posible resolver dicha pretensión por ser una nueva a las incoadas en la demanda y a las incluidas en la fijación del litigio, no siendo posible ser incluida en el estudio de la sanción moratoria, pues si bien ambas se basan en la buena o mala fe de la accionada, cada una de ellas, busca sancionar una omisión específica por parte del empleador, y en ese sentido, al no haberla solicitado en la demanda, no es la oportunidad procesal para introducirla en su estudio, y en ese orden de ideas la Sala se releva de su estudio.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL C.S.T.:

Ahora bien, manifiesta el apoderado de la parte demandante su inconformidad respecto de la absolución por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como quiera que a su consideración, dentro del presente asunto se encuentra demostrada la mala fe de la demandada, pues omitió en primer lugar el pago de las prestaciones sociales a la finalización de la relación laboral. Adicional a lo anterior, la mala fe se acredita con la omisión por parte de la señora Diana Correa en dar contestación al derecho de petición de fecha 30 de julio de 2018, omitiendo el carácter de la petición al ser un derecho de rango constitucional, y de derecho fundamental, razón por la cual se evidencia sin duda alguna, la mala fe por parte de la demandada, respecto del empleador quien posee una posición dominante ante la subordinación que ejerce sobre la actora, así mismo, se observa igualmente el mal intencionado pago que recibió la demandante como

liquidación, la cual fue obligada a recibir, máxime si se tenía en cuenta que la actora no tenía solvencia alguna y sus condiciones eran precarias.

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *“en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables”* (CSJ SL12547-2017).

Ahora, en lo que respecta a la mala fe de la señora Diana Correa que aduce el apoderado de la parte demandante, por cuanto no dio contestación al derecho de petición que data del 30 de julio de 2018 presentado por la señora Inés Ramírez en la que le solicitaba a la demandada hacer entrega del acta de conciliación suscrita entre las partes el 13 de julio de 2018 ante la Universidad Santo Tomas (fl. 57), diligencia en la que se pactaron unos términos del acuerdo, sin el consentimiento de la demandante, omitiendo dar una respuesta oportuna y de fondo a la petición incoada a la parte actora, infringiendo lo dispuesto en el párrafo 1º del Art. 32 Ley 1755 de 2017, lo cierto es que no se puede derivar una mala fe por parte de la demandada, como quiera que al revisar la documental visible a folio 61 del

expediente, se tiene que ante un requerimiento efectuado a la Universidad Santo Tomás el 12 de marzo de 2020, por el Juzgado de instancia a efectos de informar si obraba dentro de sus registros una conciliación entre la señora Emma Inés Ramírez y la señora Diana Correa Godoy, a lo que respondió la Universidad Santo Tomás que sobre la conciliación que se requiere información advierte que los centros de conciliación de los Consultorios Jurídicos de las Universidades no son competentes por Ley para conciliar sobre asuntos en materia laboral, y que dicha Universidad no tramita ninguna conciliación de esa índole. Por otro lado, señaló que realizó revisión del sistema de información de la conciliación, el arbitraje y amigable composición SICAAC del Ministerio de Justicia, donde se radican todas las solicitudes de conciliación que se adelanten en el centro de conciliación y no se encontró ningún registro vinculado al centro de conciliación del consultorio jurídico de la Universidad Santo Tomás con cedula 52.259.237 o 24.234.208, es decir, no reposan actas radicadas que vinculen a alguna de estas dos personas con el centro de conciliación de la Universidad Santo Tomas.

No obstante lo anterior, tampoco se tiene certeza que la demandada haya recibido el derecho de petición a efectos de que tuviera la obligación de dar oportunamente y de fondo respuesta a la demandante.

Por otro lado, a folios 48 y 49 del plenario reposa liquidación de acreencias laborales, en donde se observa que la señora demandada liquidó la relación laboral que ató a las partes, cancelándole la suma de \$1.952.600 el día 17 de julio de 2018, esto es, 2 meses posteriores a la finalización del vínculo laboral, siendo la misma firmada por la demandante, documental que en todo caso no fue desconocida, ni tacha por la parte demandante.

Conforme lo anterior, se tiene por acreditado que la liquidación de acreencias laborales *debió* ser cancelada a la terminación de la relación laboral, no obstante conforme la documental anteriormente mencionada, la misma fue cancelada el 17 de julio de 2018, hecho que no fue discutido por la parte actora, sino que por el contrario, fue admitido por la misma demandante, en su interrogatorio de parte, lo que quiere decir que la demandada se sustrajo del pago de la liquidación de acreencias laborales por un poco más de 2 meses, lo que contera supera el término razonable para pagar las prestaciones laborales, sin que por tanto la señora Diana

Correa haya justificado esa tardanza, y en ese orden de ideas procede la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST desde el 1 de mayo de 2018, día siguiente a la finalización del vínculo laboral, hasta el 16 de julio de 2018, como quiera que a liquidación mencionada se canceló el 17 de julio de 2018.

Así las cosas, la Sala despachará desfavorablemente los argumentos expuestos por el recurrente, para en su lugar, **CONFIRMAR** la condena por concepto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, esto es, desde el 1 de mayo de 2018 al 16 de julio de 2018, fecha anterior a la liquidación de acreencias laborales.

FACULTADES *ULTRA* Y *EXTRA PETITA* EN SEGUNDA INSTANCIA:

Solicita el recurrente sea aplicadas las facultades *ultra* y *extra petita*, respecto de aquellos derechos que haya omitido apelar, y que se encuentren vulnerados.

Para resolver este asunto, debe recordarse que el marco del proceso lo delimitan las partes: primero, el actor en su demanda en cuanto ahí formula sus pretensiones, los hechos en los cuales se sustentan y las pruebas que las acreditarían; segundo, la parte accionada en la contestación de la demanda, en la que se manifestará respecto de dichas pretensiones y los hechos, así como los fundamentos de su defensa y las pruebas que enervarían las peticiones que se le formulan.

El juez de única o el de primera instancia, según el caso, puede excepcionalmente salirse de las pretensiones del actor, cuando en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 50 del CPTSS, impone condenas *extra* o *ultra petita*, es decir, por fuera o por más allá de lo pedido.

Esa facultad, sin embargo, no es propia de los jueces laborales de segunda instancia, como lo ha dicho esta Corporación en innumerables oportunidades, y como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 1998 que decidió sobre la exequibilidad del mencionado artículo 50, limitando esa posibilidad a los jueces de única o de primera instancia.

Lo anterior responde al llamado principio de congruencia, que en sentencia SL2010-2019, radicación 45045 del 05 de junio de 2019, sobre las facultades extra o ultra petita, la Corte Suprema precisó lo siguiente:

“En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso. Vale la pena aclarar, no obstante, que estas reglas procesales encuentran excepciones precisas en las facultades del juez de primera instancia de emitir fallos ultra o extrapetita; en el grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador y de ciertas entidades del Estado; y, en general, en el imperativo de hacer prevalecer el derecho sustancial en tratándose de derechos mínimos fundamentales e irrenunciables de trabajadores y afiliados al sistema de seguridad social.”

Por otro lado, vale la pena traer a colación la sentencia SL3790 con Rad. 74815 de 2019, mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrino que la irrenunciabilidad de los derechos laborales tampoco es fundamento válido para que el tribunal, esto es, en segunda instancia, dicte sentencia por fuera del marco del proceso y de los límites que le fije la parte inconforme con la decisión de primera instancia en el recurso de apelación, pues una cosa es que un derecho esté revestido de ciertas características especialísimas, y otra, muy distinta, es que por esa causa, el juez pueda resolver a su arbitrio sin tener en cuenta la posición de las partes en el proceso, y sin perjuicio de las precisas facultades legales que le permitan salirse de ellas, como es el caso del citado artículo 50 del C.P.T. y S.S.

Teniendo en cuenta lo anterior, se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente, respecto a estudiar derechos adicionales, en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* establecida en el Art. 50 del C.P.T. y S.S.

No existiendo otro punto de inconformidad que deba resolver la Sala, conforme las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2020 por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

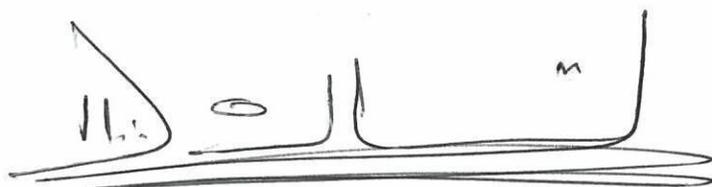
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120190014101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120190014101)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310502120190014101)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 10-2018-00482-01

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO
DEMANDADO: EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ
ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes demandante (fls. 70 a 74), así como del demandado (fls. 63 a 65) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO** instauro demanda ordinaria laboral contra de **EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 9 y 10):

DECLARATIVAS:

- 1) Que entre la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO y el señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ se celebró un contrato de trabajo verbal a término indefinido.
- 2) Que dicho contrato estuvo vigente desde el 13 de junio de 2011 hasta el 14 de mayo de 2015.
- 3) Que durante la vigencia del contrato de trabajo, la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO devengó un salario mensual de \$600.000.
- 4) Que durante la vigencia del contrato, el señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ no afilió a la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.
- 5) Que el día 14 de mayo de 2015, el señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin mediar justa causa.

CONDENATORIAS:

- 1) Que el señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago de la suma de dinero causado por concepto de auxilio de cesantías a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO, desde el 13 de junio de 2011 al 14 de mayo de 2015.
- 2) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO de la suma de dinero correspondiente a la sanción por no consignación de las cesantías al fondo de cesantías contemplada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- 3) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO, de la suma de dinero correspondiente al valor adeudado por concepto de intereses a las cesantías, causados desde el 13 de junio de 2011 al 14 de mayo de 2015.
- 4) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO, de la suma de dinero correspondiente a la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías,

contemplada en la Ley 52 de 1975, en su artículo 1º numeral 3 y regulada por el artículo 5 del Decreto 116 de 1976.

- 5) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO, de la suma de dinero correspondiente al valor adeudado por concepto de compensación de dinero de vacaciones, causado desde el 13 de junio de 2011, hasta el 14 de mayo de 2015.
- 6) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO, de la suma de dinero correspondiente a la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del CST, por no habersele pagado la liquidación final de prestaciones sociales, equivalente a un día de salario por cada día de retraso, desde el 15 de mayo de 2015 hasta que se realice efectivamente el pago de lo adeudado.
- 7) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO, de la suma de dinero correspondiente al cálculo actuarial de los aportes por Ley que correspondían al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones con destino a Colpensiones, para el periodo comprendido entre el 13 de junio de 2011 al 14 de mayo de 2015, tomando como ingreso base de cotización la suma de \$600.000.
- 8) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago a favor de la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO, de la suma de dinero correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del CST.
- 9) Al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ al pago indexado de las sumas no constitutivas de salarios ni prestaciones sociales desde la terminación de la relación laboral, hasta el día en que se haga efectivo su pago, de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor (IPC), certificado por el DANE.
- 10) Costas procesales.

El señor **EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ** contestó la demanda (fls. 25 a 28), de acuerdo al auto visible a folio 31. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 10° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de septiembre de 2020. **DECLARÓ NO PROBADA** la tacha por imparcialidad del testigo CARLOS EDUARDO SARMIENTO DÍAZ por consanguinidad. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el demandado EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ y en consecuencia, absolverlo de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$450.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que si bien se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, por cuanto no se logró acreditar la existencia de la prestación personal del servicio por parte de la señor MARÍA AZUCENA, y si bien se dice que la demandante vendía productos del catálogo ESIKA, y que la demandante era el padrino de un hijo del demandado, esto es no es un hecho negado por la parte demandante, son hechos que incluso se declaró en su interrogatorio de parte, y no es excluyente de la existencia de la relación laboral, por cuanto señaló que la venta de los productos los hacía tan pronto terminaba sus funciones en el domicilio del señor SARMIENTO, así mismo, acepta que es a madrina de uno de los hijos del demandado.

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO: Durante la práctica de pruebas, señalaron los testigos que la demandante si cumplía con un horario en el domicilio del demandado, inclusive el mismo demandado manifestó que era desde las 7 de la mañana, sin embargo, la hora final de la jornada no es tan clara, pues era sobre el medio día, sin embargo a veces se podía extender

hasta las 2 de la tarde, lo que permite demostrar que lo que hacía la demandante era algo diferente a la prestación del servicio personal al demandado como empleada doméstica, pues las testigos, entre otras, la señora Aurora manifestó que vio a la demandante haciendo algunos oficios domésticos en la casa del demandado, o sacudiendo tapetes afuera del domicilio del demandado, y estas actividades son propias del servicio doméstico, tampoco se puede decir que por condición de familiar y cercanía que tenían, podía ser un hecho por desestimado o que no se hayan podido cumplir las funciones del servicio doméstico.

Por otro lado, el mismo demandado hace alusión a la prestación del servicio de la demandante, pero al momento de detallarlas, fue muy evasivo en las respuestas que realizaba, inclusive lo tuvo que requerir la Juzgadora, y esto de conformidad con el CGP es procedente tomar como ciertos los hechos objeto de confesión, entre los cuales se buscaba acreditar la prestación personal del servicio y que la misma ejercía las funciones de empleada doméstica.

EXTREMOS TEMPORALES: Si bien se presentaron varios documentos en donde se indican diferentes fechas, lo mismo obedece a que los hechos sucedieron hace mucho tiempo, y que la memoria puede fallar, sin embargo el documento expedido por el Ministerio del Trabajo nos permite adecuar, no con exactitud, a mitades de 2015 la fecha de terminación del contrato de trabajo, por cuanto la misma demandante indica que pasados 3 meses desde que finalizó la relación laboral acudió al Ministerio del Trabajo, lo cierto es que de conformidad con los demás documentos y pruebas testimoniales, da cuenta que el vínculo laboral finalizó a mediados del año 2015. Si adecuamos en conjunto estas declaraciones con la fecha del documento, podríamos indicar que la fecha de terminación pudo ocurrir a mediados del 2015, con el cual igualmente se interrumpió la prescripción con el derecho de petición presentado.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA: Señala que la demandante es una usuaria del consultorio jurídico que no puede pagar las expensas aquí impuestas, razón por la cual solicita se tenga en cuenta en condenar en primera y en segunda instancia.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTIVO Y JURÍDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si entre la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO y el señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ, existió una relación laboral con vigencia desde el 13 de junio de 2011 al 14 de mayo de 2015. **2.** En caso afirmativo, si proceden las condenas peticionadas en el libelo introductorio.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real" en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal" o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO alega que prestó sus servicios para el accionado en una única relación laboral desde el 13 de junio de 2011 al 14 de mayo de 2015, y que al finalizar la relación laboral no le canceló las prestaciones sociales ni vacaciones.

El demandado por su parte, niega la existencia de la relación laboral, y en su lugar, afirma que la única relación que ató a las partes era familiar, en tanto que el demandado es el padrino del hijo de la actora.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, la parte demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: citación del 11 de junio de 2015 al señor EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ a audiencia de conciliación, por la liquidación de prestaciones sociales y afiliación y aportes al Sistema de Seguridad Social; constancia de no comparecencia No. 2485 expedida el 13 de julio de 2015 por la Señora Alba Rocío Muñoz Castro en calidad de Inspector del Trabajo del Ministerio del Trabajo; derecho de petición enviado por la empresa de correo Inter Rapidísimo.

Por otro lado, la parte demandada aportó 'resultado de consulta' en la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, donde da cuenta que la señora MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO es beneficiaria en el sistema de salud.

Por otro lado, absolvió interrogatorio de parte al Sr. **EDUARDO SARMIENTO SÁNCHEZ**, quien manifestó que actualmente se encuentra pensionado, y que conoce a la señora MARÍA AZUCENA DELGADO porque es comadre del demandado, que la demandante no prestó servicios domésticos en su hogar, en su casa distribuía unos productos que vendía a la gente del conjunto y todos los días hacía la venta, teniendo en cuenta que entraba todos los días al conjunto directo a mi casa. En algún momento le podía ayudar a darle algo para el bus, o para que saliera a la finca de sus papás. Que le podía ayudar en algo para que se movilizara,

pero no por una contraprestación de algún servicio, algunas veces le daba \$20.000 o \$25.000. Que la demandante llegaba a veces a las 7 AM y se podía ir a las 11 AM o incluso a las 2 PM. Que los hijos del demandado y el mismo accionado salían a las 7 AM a hacer sus vueltas y la demandante se quedaba en la venta de los catálogos en el conjunto. Que le prestaba su casa para vender sus productos por ser una allegada a su familia. En los eventos en que hubiese desayuno y la demandante llegara, antes de salud compartíamos el desayuno. Que la demandante iba casi todos los días, y llegó ir hasta los sábados a entregar los productos que vendía. A mediados del año 2015 decidió no volver al conjunto, porque su esposo le dijo que se encargara más de los hijos. Que no recibió ningún derecho de petición proveniente de la demandante. Que tanto el demandado como sus hijos almorzaban en restaurantes.

Así mismo, absolvió interrogatorio de parte a la Sra. **MARÍA AZUCENA DELGADO SALGADO**, quien manifestó que conoce al demandado hace muchos años, porque es amigo cercano de mi familia y es padrino de su hijo. Que sostuvo una relación laboral con el demandado, y le hacía el oficio de lunes a viernes, incluso si el lunes era festivo desde el 13 de junio de 2011 al 14 de julio de 2014, que el demandado le pidió el número de celular a su suegra y la llamó para que le fuera a hacer el oficio a su casa, que en múltiples ocasiones señaló que era la casa 101, le dijo que debía hacer en la casa, y como debía ocuparme de sus 2 hijos. Que el salario que le ofreció fue de \$600.000 hasta la finalización del vínculo laboral. Al inicio, el pago era \$300.000 quincenal, después y hasta el final le pagaba \$600.000 mensual, le daba ese dinero físicamente, y le hacía firmar un papel que quedaba en la oficina. Que llegaba a hacerle el tinto al demandado, les hacía el desayuno, lavaba baños, la ropa, barrer y trapear, todo lo que consta el aseo en general de la casa del señor SARMIENTO. Que está afiliada al sistema de salud como beneficiaria de su esposo. Que el demandado no le canceló nunca prestaciones sociales, ni vacaciones, solamente el sueldo que habíamos acordado inicialmente. Que la actora se fue el 14 de julio de 2014, porque ese día estaba muy enferma y le dijo que no podía ir, entonces el demandado le dijo que no volviera. Que posteriormente, fue a través de mensaje de texto que le informó el demandado que no volviera a trabajar. Que ante la pregunta que le hizo la Juez respecto del extremo final de la relación laboral, pues mientras en la demanda señala que terminó el 14 de mayo de 2015, y anteriormente indicó que fue en julio de 2014, señala que como fue hace mucho tiempo, no

recuerda exactamente cuándo se acabó el supuesto contrato suscrito con el demandado. Que además del desayuno, algunas oportunidades la ponían a hacer el almuerzo, sobretodo el sábado que tenía invitados. Que realizaba ventas por catálogo, dejaba la revista en la portería, los clientes iban la miraban, y al día siguiente recogía la revista con el pedido. Que

Se practicó la prueba testimonial a la señora **AURORA ORJUELA SÁNCHEZ**, quienes indicó que la señora AZUCENA le trabajó al señor EDUARDO por muchos años, y le consta toda vez que trabajó en ese conjunto como aseadora por 10 años, desde el año 2008. Que conoce que el demandado vivía con sus dos hijos; que la demandante trabajó desde el 2011 al 2014, pero no recuerda fechas exactas. Solo dice que entró dos años después que la deponente entró a trabajar. Que le consta que todos los días entraba a la casa del señor demandado, y cuando pasaba, la demandante estaba barriendo o brillando el piso. Que por lo general llegaba a las 8 de la mañana, y por ahí al medio día salía y llevaba ropa a la lavandería, pero que nunca vio que el demandado le impartiera órdenes a la actora, o que le pagara un tipo de salario. Que le consta que la demandante llevaba las revistas de Ésika y le vendía a la deponente, y que incluso en varias oportunidades le compró varios productos de la revista. Que lo único era que le hacía comentarios respecto de los oficios que debía hacer.

Por su parte, el señor **CARLOS EDUARDO SARMIENTO DÍAZ** quien indicó ser el hijo del demandado, y conocer a la demandante por cuanto era una amiga de la familia de hace mucho tiempo. Que la demandante iba todos los días al conjunto para vender sus productos, pero nunca evidenció que hiciera labores domésticas de la casa de su padre, en algunas oportunidades compartieron alimentos. Que la demandante no iba todos los días a la casa, lo que sucede es que desde muy temprano el deponente salía de la casa a eso de las 5:30 AM y llegaba tarde a eso de las 10:00 PM, entonces nunca se la encontraba, pero las épocas que tenía vacaciones o descanso, y cuando la demandante estaba en la casa y no todas las veces la vio, pero lo que si le consta es que cuando la veía no hacía labores domésticas. Que llegaba a veces a las 9 AM o a las 7 AM y se iba a las 12 del medio día o por tarde a la 1 PM. Que su padre fue muy colaborador con las personas, y más aun con la demandante que fue madrina de su hermano, entonces le ayudaba para que vendiera sus productos dentro del conjunto, incluso las cajas de los

pedidos llegaban a la casa, tenían un logo y era lo que distribuía a las personas que le compraban los productos. Que el demandado no le pagaba ningún dinero a la actora, tan solo le ayudaba con un billete para la comida o algo así, pero no por un intercambio de un servicio. Cuando se compartía la comida, no era por orden del demandado, sino porque entre todos hacíamos la comida y la compartíamos con la demandante. Que cuando llegaba de su trabajo o de su Universidad, tenía que llegar o acomodarse el fin de semana para hacer sus quehaceres, y lavar su ropa etc. Que tanto su padre, el aquí demandado, como su hermano lavaba su ropa, y hacía lo que cada uno le correspondía. Que el demandado le manifestaba que se sentía acompañado tener la compañía de la demandante algunos días, por ser una gran amiga de la familia. Que tanto sus hermanos, como su padre, el aquí demandado, almorzaban en restaurantes.

Finalmente, el señor **LUIS EDUARDO BURBANO NÚÑEZ** señaló que es auxiliar de mantenimiento desde el año 2010, hasta la fecha de la declaración, y que veía a la demandante entrar a la casa del demandado para realizar labores domésticas, y le consta porque le pedía favores de plomería, electricidad y pintura, entre otros, y la veía barriendo en ciertas oportunidades, o trapeando, o incluso haciendo de comer, que no se acuerda con exactitud vio a la demandante que fue a trabajar hasta mediados de 2011, pero con posterioridad indicó que en el año 2014. Que la demandante realizaba venta de productos por catálogo. Que la demandante trabajaba hasta la 1:30 PM o 2 PM. Que no tiene conocimiento que a la casa del demandado hayan llegado cajas de los productos que vendía la demandante. Que nunca presenció que el demandado le diera órdenes a la actora, y tampoco que le cancelara su salario. Que en dos ocasiones ingresó a la casa del demandado, tan solo vio dos veces a la actora, y una de esas oportunidades, que realizó la pintura de un cuarto, lo realizó un sábado a las 2 PM, después de su turno.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar que la Sala comparte la decisión de primera instancia, por cuanto no es posible dentro del presente asunto dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo a favor de la demandante, pues las pruebas arrimadas al plenario no logran demostrar de manera fehaciente la prestación del servicio de la actora para con el demandado, en tanto vale la pena resaltar las imprecisiones o contradicciones efectuadas por la misma demandante

en su interrogatorio de parte, pues mientras en los hechos y pretensiones de la demanda indicó que la relación laboral comenzó el 13 de junio de 2011 al 14 de mayo de 2015, en múltiples ocasiones manifestó en el interrogatorio de parte que trabajó hasta julio de 2014, sin que por tanto sea consecuente con las pretensiones incoadas en la demanda, sin embargo, en el derecho de petición que aporta la misma parte actora, señala que la relación laboral finalizó el 25 de junio de 2015, sin que por tanto sea coincidente en afirmar y no haya certeza en el extremo final de la supuesta relación laboral.

Así mismo, vale la pena resaltar que en los hechos de la demanda (hecho No. 2 – Fl. 9) manifestó que le prestó los servicios al demandado en una dirección totalmente diferente a la manifestada por la misma actora en su interrogatorio de parte, quien señaló que el accionado vivía en un conjunto de casas, no obstante en la demanda indica que prestó sus servicios en un apartamento.

Así mismo, se resalta la contradicción de la forma de finalizar la supuesta relación laboral, pues mientras afirma en la demanda que fue a través de un mensaje de texto, en interrogatorio de parte manifestó inicialmente que fue a través de una llamada, y le indicó el demandado que no volviera a su casa, después al preguntarle si había sido por mensaje de texto o llamada telefónica, la demandante se retracta aduciendo que fue mediante mensaje de texto.

Por otro lado, se puede resaltar las imprecisiones en que incurrió la testigo AURORA ORJUELA quien manifestó que se había vinculado en el año 2008 como aseadora en el conjunto en el que reside el demandado, y que dos años posteriores a su ingreso, la demandante comenzó a asistir a la casa del demandado, esto sería para el año 2010, lo que no concuerda con el extremo inicial mencionado por la demandante en su demanda que radica en el 13 de junio de 2011. Por otro lado, tampoco recuerda el extremo final de la supuesta relación laboral, pues tan solo aduce que fue en el año 2014, sin informar día o mes, no obstante se reitera que en la demanda se solicita se declare que la vinculación se dio por finalizada en el año 2015, empero, lo más relevante del asunto es que no le consta haber observado que la demandante recibiera órdenes directas del señor Eduardo Sarmiento.

En igual sentido se puede concluir del testimonio practicado al señor LUIS EDUARDO BURBANO, como quiera que si bien era el conserje del conjunto donde vivía el demandante, manifestó que entró en 3 oportunidades a la casa del demandado, de las cuales solo en 2 ocasiones vio a la demandante, y en una de esas ocasiones fue un sábado a realizar una labor de pintura un día sábado después de su turno, esto es, con posterioridad a las 2 de la tarde, y en ese sentido, no estaría dentro de la jornada que aduce la demandante cumplía.

Finalmente, se resalta del testimonio del señor CARLOS EDUARDO SARMIENTO DÍAZ quien vivía en la vivienda con el demandado por ser su hijo, y si bien salía desde muy temprano y llegaba muy tarde, en aquellos días que no tenía que ir a trabajar o a estudiar por motivos de descanso o vacaciones, no siempre veía a la demandante como lo aduce en su demanda, y que los días que estuvo con ella en su propia casa, pudieron llegar a compartir comida, sin que esto significara que se tratara por expresa disposición del demandado, incluso llegó a manifestar que tanto el deponente, como el demandado y su hermano se encargaba cada uno de sus quehaceres.

En ese sentido, lo que se puede concluir es que ninguno de los testigos vio que el demandado le diera órdenes directas a la demandante, o que le pagara a la por su jornada, tan solo afirman que la demandante ingresaba al conjunto, y por el contrario todos y cada uno de los testigos coincidieron en afirmar que una vez ingresaba al conjunto, se dedicaba a vender productos de un catálogo, y que incluso los pedidos llegaban en cajas a la casa del demandado, con lo que posteriormente se dedicaba a repartirlos entre sus clientes que vivían en el conjunto.

Adicionalmente, de las demás pruebas obrantes dentro del plenario, se advierte a folio 11 del expediente, constancia de no conciliación, de la que no puede extraerse prestación personal del servicio del demandante, lo que ocurre lo mismo con el derecho de petición allegado por la actora, visto a folios 2 y 3 del plenario, con el cual tampoco es posible probar la prestación personal del servicio.

En suma, debe reiterarse que le corresponde a la parte demandante al menos probar la prestación personal del servicio, para que en su favor opere la presunción

antes referida, situación que a todas luces no logró acreditar la demandante en el presente asunto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada no solo con la prestación del servicio, sino con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo que aduce en la demanda, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

En consecuencia, habrá de **CONFIRMARSE** en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA

El apoderado de la parte demandante presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin **costas** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020 por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

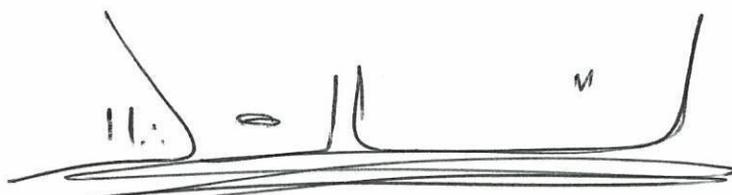
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501020180048201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501020180048201)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501020180048201)