



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ARNOLDO VANEGAS CASTELLANOS** en contra de **ECOPETROL S.A.**

EXP. 11001 31 05 018 2018 00249 02.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare: *i)* que la demandada le paga la pensión de jubilación desde el 1º de enero de 2000, que fue reconocida mediante oficio PEN-3539 del 16 de noviembre de 1999, y liquidada bajo el régimen pensional convencional “PLAN 70”, *ii)* que su último año de servicios lo prestó entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1999, y no del 16 de noviembre de 1998 al 16 de noviembre de 1999, pues la fecha en que terminó su vínculo laboral fue el 31 de diciembre de 1999, y *iii)* que la demandada, no incluyó todos los ingresos y factores salariales devengados en el verdadero último año de servicios, por lo tanto calculó equivocadamente el I.B.L.

En consecuencia, solicitó se condene a la demandada a reliquidar la pensión, teniendo en cuenta los siguientes parámetros legales y de los artículos 109 y 118 de la C.C.T. vigente para 1999-2000: los factores salariales legales y extralegales señalados en la certificación del 2 de febrero de 2000, y en los recibos de pago de salarios y/o prestaciones sociales del último año de servicios, los ingresos reales de ese período (1º de enero a 31 de diciembre de 1999), el 75% del promedio de salarios de ese interregno, el aumento de la pensión del 2.5.% por año adicional después de 20 años de servicios (un total de 7.5%), con el fin de que su primera mesada no sea inferior a \$2.518.972, a partir del 1.º de enero de 2000; igualmente pidió la actualización de las mesadas, y así en el año 2018 reciba \$6.702.930, y no \$5.977.137; más el retroactivo a razón de 14 mesadas anuales efectuando los respectivos descuentos por salud, desde del 1.º de enero de 2000; y los intereses moratorios (f.º 77, 78).

Como sustento relevante de sus pretensiones, adujo que es pensionado de Ecopetrol por jubilación del régimen especial

convencional desde el 1.º de enero de 2000, la cual se liquidó con base en el Plan 70 previsto en el artículo 109 de la Convención Colectiva vigente para el período 1999-2000, que regía las relaciones entre Ecopetrol y el Sindicato de Trabajadores USO; en el artículo 118 *idem* se registran como factores salariales, las primas, viáticos, viáticos sindicales y subvenciones que reciba el trabajador, sin embargo para la liquidación de la pensión, no fueron tenidos en cuenta los ingresos reales del último año, por lo tanto, ha venido devengando una pensión de jubilación menor a la que legalmente le corresponde, por lo que solicitó a la demandada la reliquidación de dicha prestación el 14 de abril de 2015, siendo negada el 5 de mayo siguiente (f.º 79-84).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, se admitió la demanda el 15 de agosto de 2018, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 124), quien contestó la demanda con oposición a las pretensiones, y propuso como excepciones de mérito las de falta de causa, inexistencia de la obligación, prescripción, demanda temeraria y la mixta de cosa juzgada (f.º 129-161).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de febrero de 2020, declaró probadas las excepciones de cosa juzgada, falta de causa, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar en lo que interesa a la alzada que la convención colectiva aportada no reúne los requisitos legales para su validez (f.º 205-208).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, sostuvo que no es viable exigir unos requisitos que no están contemplados en la ley, para la validez de la convención colectiva, aunado a que se debe tener en cuenta que no está en discusión que se pensionó con base en un régimen especial denominado Plan 70, por lo que adquirió unos derechos pensionales con base en ello, así como que por pertenecer al sindicato U.S.O., tenía unos derechos especiales contemplados en la convención colectiva.

V. CONSIDERACIONES

En estricta aplicación de lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si para efectos de reliquidar la mesada pensional convencional otorgada al demandante, la convención sobre la cual se basan sus peticiones debe cumplir algún requisito para tenerla como plenamente válida.

El demandante, funda la reliquidación de su mesada pensional que aquí reclama, en la convención colectiva de trabajo vigente para la época 1999-2000, suscrita por Ecopetrol y la Unión Sindical Obrera-U.S.O., que aportó con la demanda en forma incompleta de f.º 40 a 56.

Para resolver, se considera importante recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias ha explicado que la Convención Colectiva tiene el carácter de acto solemne, por lo que su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante; de

modo que si tal documento no se aporta al proceso de manera completa no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo, y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL, 24 abr. 2013 rad. 43043, SL8718-2014 y SL378-2018).

El depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, es una exigencia de la ley para su validez, indistintamente de si se aporta al trámite autenticado o en copia simple, se requiere la constancia de depósito de la misma, sin el cual no produce efecto alguno; frente a lo cual se advierte que el artículo 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no derogó la exigencia de los requisitos que deben tener ciertos instrumentos para producir efectos probatorios.

De esta manera, al encontrarse que el texto en el que se fundan las pretensiones por una parte, allegado en copia simple carece de la constancia de depósito efectivo y oportuno ante el Ministerio de Trabajo, es dable concluir que no se probó en debida forma su existencia legal; por otra parte, se allegaron varios retazos de copias extraídas seguramente de varios libros, catálogos o folletos en donde pudo haber estado publicado el acuerdo convencional vigente para el período 1999-2000, empero, de todos estos, no se extrae su articulado completo, pues se aportó una copia de un presunto depósito que obra a f.º 42 que se itera, carece de sello o de timbre, una fotografía y una fotocopia de dos portadas, y fotocopia del índice, del acta final de negociación n.º 11, de las hojas 71, 83, 107 a 110, 115, 121 a 126 contentivas del articulado incompleto y salteado de los n.º 65, 72, 96 a 107, 117 a 120, 123 a 136, que parecieran haber sido tomadas de un libro, más las copias de los artículos 140 a 150

tomadas de otro libro, y la copia de los artículos 1.º y 2.º de un librito que tiene como membrete la frase ‘anexo adeco’.

Así las cosas, concluye la Sala que en efecto, ante tantas falencias del texto convencional sobre el cual descansan las pretensiones de la demanda, las mismas no están llamadas a prosperar, pues la *a quo* no podía partir de la existencia de la norma sustancial, sin que sea válido invocar la aplicación de principios constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo, o de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, como parece sugerirlo el apelante, porque no se puede suplir con ello la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido con poder vinculante, del cual se debe tener certeza de su existencia para que genere los efectos que se persiguen, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos.

Lo anterior, trae como consecuencia, la confirmación de la sentencia apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

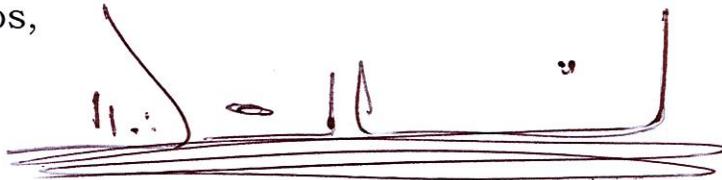
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Hernán Mauricio Oliveros Motta', written over a horizontal line.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

del Ministerio Público, en el día

POLICIALES Y COMPAÑAS.

Los Registrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GINA ALEJANDRA SUÁREZ MEJÍA** en contra de **HEALTH & LIFE IPS.**

EXP. 11001 31 05 030 2018 00587 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 27 de mayo y el 28 de septiembre de 2016, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías, vacaciones, primas de servicios, intereses a las cesantías, dotaciones, pensión de vejez por la no afiliación a salud y pensión, y las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1990, y la indexación (f.º 30).

Sustentó sus pretensiones, en que suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término fijo por 3 meses entre el 27 de mayo y el 27 de agosto de 2016, siendo prorrogado automáticamente; se desempeñó como auxiliar de enfermería para prestar sus servicios en Chía, Cundinamarca, en el domicilio de los pacientes Angie Gineth García Ovalle y Ángel Duván García Ovalle, en cumplimiento de jornadas de trabajo con turnos que variaron, hasta el 16 de julio fue de lunes a sábado de 8 a. m. a 4 p.m., y desde el 17 de julio, los mismos días, pero de 7 a. m. a 7 p.m., siempre bajo la supervisión de la representante legal de la demandada y con el diligenciamiento de bitácoras asistenciales con notas de enfermería como control de que había cumplido con su trabajo; recibió pagos variables en forma mensual pero impuntual, para un promedio de \$2.257.975 mensuales y con la obligación de cancelar en su totalidad los aportes a seguridad social de su pecunio (f.º 28, 29).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 26 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 36),

quien contestó con oposición a lo pretendido por cuanto el vínculo que la ató con la demandante fue un contrato de prestación de servicios, con el pago de honorarios, y no propuso excepciones en su defensa (f.º 45-47).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de noviembre de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 27 de mayo y el 28 de septiembre de 2016; en consecuencia, condenó a la demandada al pago del auxilio de las cesantías, las primas de servicio, los intereses a las cesantías, la compensación en dinero de las vacaciones, los aportes a pensión, la moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, más las costas (f.º 49-52).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada, sostuvo que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, tal y como lo confesó la demandante en su interrogatorio de parte en donde también afirmó que no fue la representante legal la que le dio órdenes, sino otra persona, y los testigos adujeron que no se le dieron órdenes ni directrices a la demandante para desempeñarse como auxiliar de enfermería domiciliaria, por lo que la demandante no acreditó el elemento subordinación para que pueda existir un contrato de trabajo; solicitó la exoneración de la indemnización moratoria dado que desde el inicio actuó de buena fe, con el firme convencimiento de que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, mediante el cual se presentaban cuentas de cobro para el pago de los honorarios, previo pago por parte de ella de los aportes a seguridad social, lo cual fue aceptado por la demandante.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si se acreditaron los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes y si hay lugar a exonerar a la demandada del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibidem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, contrario a lo alegado por la apelante, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Analizado el material probatorio aportado al proceso, fácilmente se puede concluir que le asiste la razón al *a quo* por lo siguiente:

No hubo discusión acerca de la prestación de los servicios de la demandante, sin embargo, esta se encuentra acreditada, con las

manifestaciones efectuadas por la testigo María Elsa Ovalle Sánchez, quien sostuvo que interpuso una tutela a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada y cotizando por el régimen subsidiado para obtener la atención personalizada y domiciliada en su casa, para sus dos hijos menores que están en sillas de ruedas y con base en ello, la demandante prestó servicios de enfermera en su casa para sus dos hijos, pues fue asignada por parte de la sociedad demandada que a su vez fue contratada por la E.P.S., y le informaron telefónicamente que la demandante prestaría ese servicio; que su hija padece del síndrome de *esnijas* por lo que requiere pañales, cateterismo y 12 horas de enfermera de domingo a domingo y su hijo al padecer cáncer de huesos, requiere 8 horas de lunes a sábado, por lo que la demandante iba esos días a su casa, de 7 a. m. a 7 p. m. a atenderlos, bañarlos, hacerles curaciones, darles los medicamentos.

Señaló la testigo, que aun cuando ella no pagó por ese servicio, en virtud de la acción de tutela, sí iba a su casa una jefe por parte de la empresa demandada a supervisar que la demandante estuviera haciendo su trabajo, además cada mes iba un médico de la I.P.S. demandada, para verificar el proceso de sus hijos, y ella tenía que tenía que firmar una hoja que le enviaban para ver el control de visitas de la demandante, quien portaba un uniforme y un carné de enfermería; que la demandante era la que le aplicaba a sus hijos los medicamentos que le entregaba la I.P.S., por lo que debía firmar otra hoja con membrete de la demandada, pero que ella, la declarante, nunca le dijo cómo hacer el trabajo a la demandante, solo las recomendaciones de lo que le decían los médicos respecto de cada uno de sus hijos; en todo caso, cuando llegaban las terapeutas de la I.P.S. en fonoaudiología, física y ocupacional, ellas siempre le indicaban a la demandante qué debía hacer con los niños.

Además de lo anterior, la demandada afirmó en su contestación a la demanda, que la demandante sí había sido contratada para realizar actividades de enfermería en el municipio de Chía, Cundinamarca, durante un lapso en el domicilio de Angie Gineth García Ovalle y Ángel Duván García Ovalle.

El contrato de prestación de servicios no profesionales de asistencia técnica n.º PSAE-2016-001, con el que pretende desvirtuar la apelante el verdadero vínculo que la unió con la demandante, fue aportado con la demanda de f.º 4 a 11, del que se colige que las partes lo suscribieron el 27 de mayo de 2016 a 3 meses para ser ejecutado en Bogotá; empero, de su contenido se observa una situación totalmente distinta a la autonomía e independencia que alega la demandada en el desempeño de los servicios de Gina Suárez, pues en dicho escrito se impuso el cumplimiento de turnos de 5, 8, 12 y 24 horas de conformidad con la planificación médica; que *«el contratista manifiesta que conoce el lugar donde debe desarrollarse la labor contratada e igualmente conoce las especificaciones y demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que pueden afectar la ejecución del contrato y que son exigidas por parte de la sociedad»*.

Adicional a ello, como obligaciones a cargo de la demandante se impusieron entre otras, la de asistir a las reuniones que programe la contratante con un día de anticipación, firmar las actas que en estas se levanten, so pena de que el incumplimiento de ello sea causal para dar por terminado el contrato de manera unilateral por parte de la demandada, *«acatar y aplicar de manera diligente las observaciones y recomendaciones impartidas por su superior inmediato»*, así como tomar las medidas de salud ocupacional en la ejecución de su labor, y *«prestar el servicio contratado dentro del horario y tiempo establecido de conformidad con la planificación médica sin que ello signifique subordinación. (...) Llegar puntualmente a recibir su respectivo turno con el fin de fomentar el respeto de horarios establecidos mediante la planeación mensual, diligenciando el formato de entrega y recibo de turno diario. Además, informar al jefe inmediato el cambio de turnos*

fuera de la planeación mensual diligenciando el cambio de turno, presentándolo en un período de por lo menos 4 días para su aprobación», aspecto este, el cumplimiento de horarios, que corrobora lo afirmado por la testigo reseñada, siendo un elemento indicativo de la presencia de subordinación (CSJ SL14481-2014).

Como si lo anterior fuera poco, se impuso como obligación el hecho de que en caso de que la demandante no pudiera prestar sus servicios, debía informar al coordinador de turno, con mínimo 4 horas de anticipación, so pena de hacerse acreedora de las multas establecidas en la cláusula 9.^a del contrato, que básicamente hace referencia al descuento del 0.5% por cada día de atraso en los turnos, o la mitad del turno que dejó de realizar, así: por un turno de 6 horas, se descontarían \$12.000, por un turno de 8 horas, se descontarían \$15.000, por un turno de 12 horas se descontarían \$22.000 y por un turno de 24 horas, le serían descontados \$40.000, y de ser reiterativos los atrasos o incumplimiento de turnos, le sería terminado el contrato por parte de la compañía demandada; se pactó que dichos descuentos se harían en forma mensual al liquidar los respectivos turnos, previa presentación de una cuenta de cobro con el correspondiente pago de los aportes a seguridad social, y que desde la suscripción del contrato, la contratista autorizaba a la demandada para deducir en forma indexada las multas impuestas en dicha cláusula.

De manera que, de allí se desprende precisamente, contrario a lo manifestado por la apelante, la obligatoriedad oculta impuesta en el contrato, en relación con el cumplimiento de horarios, porque incluso no bastaba con informar 4 días antes que no podía ejecutar determinado turno o que debía cambiarlo, sino que ello quedaba supeditado a la aprobación del jefe inmediato, con la prohibición expresa de delegar sus funciones.

Ahora, tanta era la dependencia que tenía la demandante respecto de la compañía Health & Life I.P.S., que no podía ejecutar sus conocimientos como enfermera de manera independiente y como a bien tuviera, sino que su labor, según el contrato, debía sujetarse estrictamente a los reglamentos, «*manual de funciones*» y procedimientos médicos establecidos por la sociedad, los cuales formaban parte integral de dicho contrato, con la prohibición de recibir turnos por parte de pacientes o servicios que no se encontraran previa y exclusivamente establecidos en la planeación mensual que efectuaba la demandada, es decir, que esta sociedad ejercía un control total acerca de las actividades que desempeñaría la demandante, porque no podía ningún paciente solicitarle un servicio extra, sino había sido canalizado por la compañía.

En el mismo contrato, se dispuso que los elementos y equipos que usó la demandante para el desempeño de su trabajo, eran de cuenta de la sociedad, por lo que la contratista debía responder por la pérdida o daño de los mismos; y que cada mes le sería cobrado «*al trabajador*» \$10.000 a título de auxilio de medios de alimentación, «*con la finalidad de facilitar el cabal desempeño de las funciones que le son propias (...). Los valores que se cobran con cargo a esta partida no constituyen salario para ningún efecto de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del C.S.T. (...)*»; se dispuso además que dicho contrato terminaría indefectible y automáticamente al finalizar el plazo establecido de 3 meses, el 27 de agosto de 2016, a menos de que las partes firmaran por escrito un 'otrosí' de prórroga, pero tal documento no se allegó, y ambas partes coincidieron en señalar que el vínculo culminó el 28 de septiembre siguiente.

De lo anterior, resulta claro que a pesar de que en la relación de las partes medió un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que la demandante no gozaba de autonomía e independencia en el desempeño de los servicios contratados, aspecto que corría en cabeza

de la demandada acreditarlo al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, por lo que para esta Sala no hay duda de la presencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque al haber quedado demostrada la prestación personal de los servicios de la demandante, se activó la presunción del mencionado artículo 24, que de ninguna manera fue desvirtuada por la encartada.

Así las cosas, a pesar de que la demandante admitió en su interrogatorio de parte, la presentación de unas cuentas de cobro para lograr el pago de sus honorarios, que aun cuando aquí no fueron aportadas, se destaca en lo pertinente, lo expuesto entre otras, en sentencia SL10546-2014, cuando la CSJ, al referirse a la presentación de tales documentos como mecanismo para ocultar una verdadera relación contractual laboral, sostuvo que no son suficientes, *per se*, para desnaturalizar la primacía de la realidad con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo se desarrollaba el servicio. Es que, el hecho de haberle dado una denominación diferente a la del salario, a los dineros percibidos por la demandante, o acudirse a las cuentas de cobro, no le resta la verdadera connotación de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente. En consecuencia, resulta obligada la Sala a **confirmar** la sentencia apelada en este aspecto.

Finalmente, frente a la indemnización contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se recuerda que, para establecer su procedencia, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y

prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertados, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ SL12854-2016 y SL6119-2017).

Basta mencionar por una parte, que conforme se estableció la naturaleza de la relación que unió a las partes, se observa que la demandada utilizó de manera indebida la contratación por servicios contemplada en la ley civil con lo que concluye la Sala, se pretendió ocultar una relación de carácter laboral, a pesar de que era evidente la naturaleza del vínculo, en tanto que desde la suscripción del contrato se emitieron órdenes concretas a la demandante para ejecutar sus funciones, se sometió su actividad personal al constante y permanente control y seguimiento y, en general, por haber utilizado una forma de vinculación que tienen carácter transitorio y excepcional en el ordenamiento jurídico, para cubrir funciones permanentes y que hacen parte del objeto social de la compañía (f.º 39-43); incluso, se abrogó lo posibilidad de cobrarle a la demandante una suma mensual a título de auxilio de alimentación y la imposición de multas que serían descontadas a *motu proprio* por parte de la compañía en caso de eventuales retardos en los turnos, lo que sin lugar a dudas denota su mala fe, sin que adujera en su defensa razones atendibles, que justificaran una creencia razonable de estar enfrentada a una contratación diferente a la de índole laboral, cuando en la práctica ningún elemento de autonomía e independencia tenía la actividad que ejecutó la demandante, como auxiliar de enfermería domiciliaria.

A lo anterior, se agrega que la demandada tampoco se encargó de derribar la presunción de certeza que operó indefectiblemente en virtud del artículo 77 del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad

Social, ante su inasistencia a la audiencia obligatoria de conciliación, respecto de los hechos relacionados con que la prestación personal de los servicios como Auxiliar de enfermería se dieron en forma continua en los extremos temporales declarados por el *a quo*, de ahí que prácticamente de estos supuestos fácticos se desprenda la prolongación de la prestación del servicio en dicho lapso, máxime porque del denominado ‘contrato de prestación de servicios’ se indicó que la labor se ejecutaría en 3 meses, pero realmente duró más tiempo.

Además, como ampliamente se vio, de las condiciones pactadas en el denominado ‘contrato de prestación de servicios’, se reafirmó la condición de subordinación; lo que conlleva, a que una vez examinadas en conjunto las pruebas del proceso, la conducta pasiva de la demandada en el transcurso del debate probatorio y las circunstancias relevantes del pleito al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código procesal del Trabajo, se confirme en este aspecto la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

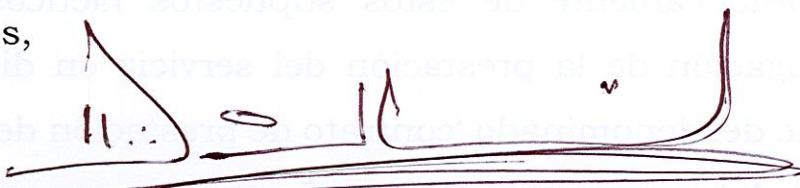
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

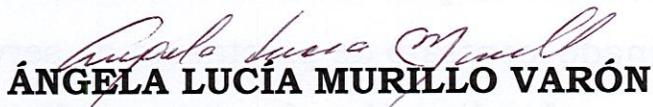
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ROMELIA SUÁREZ ÁVILA** en contra de **JARDINES DEL APOGEO SA.**

EXP. 11001 31 05 032 2017 00741 01.

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

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia absolutoria proferida el 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de enero de 2004 y el 20 de enero de 2018; en consecuencia, se condene a la demandada devolver \$368.408 mensuales desde septiembre a diciembre de 2011, \$754.032 mensuales en el 2012, \$700.968 mensuales en el 2013, \$467.312 mensuales entre enero y el 15 de noviembre de 2014, por haber sido descontados del salario bajo el rubro ‘anulados’; a pagar las dotaciones de los 3 últimos años a razón de \$250.000 cada una; más \$205.000 por reliquidación de sus acreencias laborales del año 2011, \$250.000 por reliquidación del año 2012, \$350.000 por reliquidación del año 2013, y \$300.000 por reliquidación de 2014, junto con la indexación y moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (f.º 14, 15).

Como sustentó relevante de sus pretensiones, manifestó que el 14 de enero de 2004, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para desempeñarse como Asesora Comercial en el Parque Cementerio ubicado en Bogotá, de propiedad de la demandada; el salario que devengó mensualmente correspondía al pago de comisiones por ventas de bienes o servicios de la demandada, sobre el cual la demandada efectuó descuentos ilegales, bajo el rubro de ‘anulados’, lo que hizo que su salario disminuyera; el porcentaje de comisión se fijó en una tabla del 6 de junio de 2004, firmada por ambas partes; en la práctica ofreció un bien o un servicio a un consumidor, quien pagaba la primera cuota algunas veces a ella misma o en forma directa a la empresa, a partir de la segunda cuota que se recaudaba, la demandada le pagaba una comisión, pero si por algún motivo el cliente después de pagar una o varias cuotas, no

seguía pagando las demás cuotas del servicio adquirido, la demandada declaraba el negocio como ‘anulado’.

Sostuvo, que cuando ello ocurría la demandada descontaba retroactivamente las comisiones que ya había pagado y dentro de los desprendibles de pago, registró esos descuentos como ‘anulados’; sin embargo, la demandada acumulaba 3 cuotas, pagadas por el consumidor, antes de pagarle la comisión, y cuando anulaba el negocio, no le pagaba las 3 comisiones de los 3 meses en los que retenía la venta, y tampoco devolvía esos dineros al cliente, porque lo pagado lo aplicaba como penalidad por incumplimiento del contrato o como gastos; reclamó el pago de las comisiones descontadas el 17 de septiembre de 2014 y el 2 de octubre de 2017; la demandada nunca le suministró las dotaciones y la despidió sin justa causa el 20 de enero de 2018, data para la cual devengó un salario de \$781.242 (f.º 5, 6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de enero de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 63), quien contestó con oposición a lo pretendido y propuso como excepciones de mérito denominadas cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y causa en las pretensiones, ausencia de obligación, ausencia de moratoria, compensación y prescripción (f.º 72-84).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 20 de noviembre de 2019, declaró probada la excepción de prescripción e inexistencia de las obligaciones pretendidas, en

consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que si bien los descuentos a ella realizados no eran procedentes, lo cierto es que la reliquidación que de ello se desprende, se encuentra prescrita, aunado a que se acreditó la entrega de las dotaciones por parte de la empleadora (f.º 149, 150).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, la Sala verificará como problemas jurídicos, inicialmente si hay lugar o no a ordenar los reajustes salariales solicitados entre los años 2011 y 2014, y consecuentemente, el pago de las diferencias respectivas por los ajustes que se deban hacer a las acreencias laborales causadas en dichos años; finalmente, se establecerá la viabilidad del pago de las dotaciones de los años 2015 a 2018.

Para iniciar, se debe indicar en torno a la modificación de la remuneración mensual, que tal conducta podría estar enmarcada dentro de lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan como *«ius variandi»* que, consiste en la potestad del empleador de disponer cambios en las circunstancias de modo, tiempo, lugar, calidad y cantidad de trabajo, lo que en principio no requiere la anuencia o consentimiento previo del trabajador, siempre y cuando no se afecten los derechos mínimos constitucionales y legales del trabajador, al disponerse la reducción del salario.

En relación con la reducción o disminución del salario, independientemente de que vaya ligado al cambio de un oficio, ocupación, funciones, u otros aspectos equivalentes, debe advertirse que, por corresponder aquel a un elemento cardinal del contrato de

trabajo, se requiere de una manifestación expresa, de claridad rotunda e inobjetable de quien pretende realizarla -el empleador-, así como de una aceptación clara e inequívoca de quien se ve seriamente afectado -el trabajador-. Ello, debido a la trascendencia que tal modificación comporta para el ser humano laborante, dependiente de su fuerza de trabajo para producir una determinada cuantía como retribución, si el monto de la remuneración constituye uno de los puntos mínimos sobre los cuales necesariamente deben concurrir los deseos de las partes en la contratación, la ausencia de acuerdo sobre alguno de estos puntos impediría el nacimiento del contrato, que es eminentemente consensual, por lo que el intento de variar lo convenido por acto, o iniciativa unilateral de cualquiera de ellos de ninguna manera puede merecer refrendación legal o judicial, ni puede ser fuente de derecho o base para consolidar situaciones jurídicas para quien busque variar por sí, y ante sí, lo pactado (CSJ SL, 2 sep. 2008 rad. 31701, y SL, 10 jul. 2012 rad. 39691).

Sin embargo, la aceptación que se requiere para dar eficacia a la modificación de un elemento cardinal del contrato de trabajo no quedó claramente demostrada, por cuanto por una parte, si bien en dos de las respuestas otorgadas en octubre de 2014 y en septiembre de 2015, por la demandada a los requerimientos realizados por la demandante con el fin de obtener el pago de los descuentos que consideró ilegales, el Director del Recurso Humano y la Gerente Administrativa y Financiera, sostuvieron que desde inicios de la relación *«está estipulado contractualmente y por política, que el empleador podrá a su arbitrio conceder al trabajador anticipos a buena cuenta de las comisiones, las cuales serán deducidas de las que se causen o de las prestaciones sociales en el supuesto de que no llegue a formalizarse la compra – venta superior al 20% del valor total del negocio y por consiguiente dejar de causarle la comisión»*, y que *«desde que se vinculó a la fuerza de ventas (...), las comisiones adelantadas por los negocios posteriormente anulados o fallidos por las ventas de productos o servicios a cuotas, siempre han sido descontadas; pues, por órdenes o*

instrucciones del respectivo cliente, el negocio se cancela o no continua en su ejecución. (...) así se ha venido haciendo, de común acuerdo (...)» (f.º 110-112); la verdad es que la demandada no corrió con la carga probatoria idónea de acreditar al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, cuál fue el pacto que suscribieron o celebraron las partes desde el inicio de la relación.

Además, de manera contradictoria a estas respuestas, la compañía afirmó en su contestación a la demanda que la remuneración de la demandante no siempre consistió en el pago de comisiones, ya que por algún período se le pagó una suma fija, y que cuando tuvo su remuneración bajo la figura de comisiones, su causación estuvo determinada por el cumplimiento de la demandante de diferentes condiciones pactadas en forma verbal y escrita en vigencia del nexo contractual; empero, del interrogatorio de parte que absolvió la demandante, no se obtuvo confesión alguna al respecto, y de las 4 modificaciones efectuadas al contrato de trabajo suscritas entre las partes el 6 de julio de 2004, el 1.º de julio de 2006, el 27 de marzo de 2012 y el 18 de marzo de 2016 (f.º 121-124), no se colige el presunto convenio acerca del pago o descuento de las comisiones, por presuntos negocios anulados, mucho menos, se aportó documento alguno del cual se desprenda que en verdad, la demandada dejó expresamente establecido que podía efectuar anticipos de comisiones y luego descontarlas, en los eventos en los que no se formalice la compra o por lo menos que se ejecute el 20% del valor total del negocio, ni que solo se consideraba una comisión efectiva cuando el cliente efectuaba pagos superiores a ese porcentaje.

Al contrario, lo que se desprende de estas modificaciones, son justamente los porcentajes pactados entre las partes dependiendo de las unidades vendidas en el mes, o por renovaciones, con una remuneración básica, en algunos casos con auxilio de movilización, y que el pago de las comisiones atinentes a las ventas de planes

familiares a 12 meses o a menos de ese lapso, se haría una vez se verificara el recaudo.

Es que, no existe dentro del expediente justificación alguna del proceder de la demandada, ya que a pesar de que allegó de f.º 128 a 140 unas 'planillas de anulados de plan familiar' efectuadas de enero a abril y julio de 2014, enero y mayo de 2015, allí se verifica que la fecha en que se cargó al sistema cada contrato fue anterior, y no en fechas cercanas, sino meses e incluso años atrás, de ahí que, lógicamente no podía la demandada haber girado un comisión de un contrato tramitado por determinado vendedor, y años o meses después, darse cuenta de que esa comisión no debió ser girada porque el negocio se anuló, y con base en ello, creer estar habilitada para realizar descuentos de dineros que ingresaron al peculio de sus trabajadores con mucho tiempo de anticipación, así sea en porcentajes mínimos en forma quincenal; ello incluso estaría yendo en contra de lo que pactaron las partes, porque en las modificaciones se estableció que el pago de la comisión, solo se haría en cuanto se verificada el recaudo.

A lo anterior, se agrega que los valores descontados que se registran quincenalmente durante el mismo lapso y bajo el rubro 'neg. anulados' en los comprobantes de nómina que reposan de f.º 22 a 60, no coinciden con los montos descritos en las reseñadas 'planillas de planes familiares anulados'; tampoco se acreditó en forma idónea la afirmación realizada en la contestación a la demanda, relacionada con que, de cada negocio anulado, se devolvía al cliente el dinero ya cancelado por este, porque presuntamente la venta se 'caía' al no pagar más del 20% del valor total del negocio; incluso el representante legal sostuvo que los planes vendidos a un cliente, son para que los cubra dentro de determinado período, por lo que funciona igual que una compañía de seguro, si el cliente no paga el

servicio en un mes, la sociedad no tiene la obligación de prestar el servicio, ni de devolver el dinero, porque el servicio se cubrió durante los meses que el cliente pagó por ello.

Entonces, ¿con qué motivo la compañía hace pagos anticipados de comisiones de ventas que nunca se hicieron o de negocios que nunca se llevaron a cabo, si aparentemente la remuneración de la demandante dependía exclusivamente del reconocimiento de comisiones, sin montos base, para los períodos en los que se expidieron esos comprobantes? No resulta lógico que la demandada haya recibido durante meses y años, el pago mensual de un plan exequial que determinado vendedor promocionó con el objeto de ganarse un porcentaje sobre el mismo, si mucho tiempo después, según el dicho de la demandada el 'negocio se cae' porque ese cliente, decidió no renovar su plan, y por ende, no seguir pagándolo y que la consecuencia negativa de esa decisión recaiga en el trabajador a quien desde ese momento le empiezan a hacer descuentos porque el dinero ya no sigue ingresando a las arcas de la compañía; sería tanto como decir que el trabajador se encuentra obligado a ir detrás del cliente, para estar pendiente que mantenga para toda la vida su decisión de seguir pagando el plan exequial que contrató con la demandada, con el fin de que la venta que hizo años o meses atrás no se la descuenten.

En todo caso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, resultan ineficaces las estipulaciones que supeditan el reconocimiento de las comisiones por ventas, al recaudo efectivo de los créditos (CSJ SL, 14 ago. 2012 rad. 37192, SL, 17 abr. 2013 rad. 41423), como aquí parece haber sucedido a lo largo del vínculo laboral, porque el reconocimiento de las comisiones por ventas está supeditado a la prestación del servicio, más no al recaudo efectivo de los créditos, y aquí no se aportó, ni el contrato de trabajo,

ni la aparente política de compensaciones por comisión, ni la convención colectiva en donde se verifique cuál es el modo de pagar las comisiones a los trabajadores sindicalizados, mucho menos los presuntos memorandos que adujo el representante legal, se publican periódicamente para que los trabajadores tengan conocimiento de las anulaciones.

La falta de reclamación de la trabajadora durante la vigencia de la relación laboral, de la devolución de las comisiones aquí reclamadas, no tiene la virtualidad de entender una renuncia a tal componente de la remuneración y mucho menos, una aceptación tácita de la modificación realizada por el empleador, en atención a la ubicación que tenía la demandante en la relación jurídica con la demandada.

Así las cosas, basta con lo aquí analizado para concluir que al no demostrarse aceptación expresa e inequívoca de la aquí demandante frente a la modificación del salario inicialmente pactado, en efecto, hubo una disminución salarial arbitrario, en tanto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 *ídem*, las comisiones hacen parte del salario, al ser remuneraciones periódicas ligadas al desempeño o la actividad del trabajador en cumplimiento de metas por ventas, y por tanto, eran claramente retributivas, lo que daría paso sin lugar a dudas, a ordenar la devolución de esos descuentos y la consecuente reliquidación en las acreencias laborales, de no ser porque la demandada interpuso en su defensa la excepción de prescripción, la cual, tal y como lo adujo el *a quo* debe ser declarada probada respecto de estos pedimentos que se causaron por tracto sucesivo, entre los años 2011 y 2014.

Lo anterior es así, porque de conformidad con los artículos 488, 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social, la interrupción del fenómeno prescriptivo se da por una sola vez, lo que ocurrió justamente con la solicitud elevada por la demandante el 23 de septiembre de 2014, en la que pretendió exclusivamente la devolución de los descuentos ilegales efectuados durante ese lapso (f.º 17), por lo que debió instaurar la demanda antes del 23 de septiembre de 2017, y no lo hizo sino hasta el 13 de diciembre de 2018 (f.º 62), oportunidad en la cual por primera vez solicitó que como consecuencia de esa devolución, se reliquidaran sus acreencias laborales de los años 2011 a 2014.

De manera que, deberá confirmarse la absolución en este aspecto.

Igual sucede con las dotaciones reclamadas por los años 2015 a 2018, porque por una parte, a f.º 115 y 116 obra constancia de entrega de dotación a la demandante para los años 2016 y 2017, y por otra parte, porque si bien pretendió la compensación en dinero de las dotaciones que no se entregaron a lo largo del nexo contractual, resulta que una vez terminada la relación laboral, cesa la obligación del empleador de dotar al trabajador de vestuario y calzado, y en razón a que ya no puede utilizarlo, solo procedería una compensación o indemnización, para lo cual se requiere demostrar el perjuicio causado al trabajador, con el incumplimiento del empleador, sin que tal aspecto se hubiera acreditado por parte de la demandante, ni tampoco solicitó en su demanda el pago de perjuicio alguno, por lo que con base en el criterio que ha sido sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL, 22 abr. 1998 rad. 10400, reiterada en la SL, 20 feb. 2013 rad. 42546 y a su vez rememorada en la SL6380-2015 Rad. 42921, se confirma la sentencia apelada en este aspecto

Dado el resultado del proceso, por sustracción de materia se hace innecesario emitir pronunciamiento alguno en relación con la indemnización moratoria. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

