



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 015 2019 00254 01

Duver Duran Guerrero vs. Edificio Torres del Este

Bogotá D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación formulados contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Quince Laboral de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente sentencia.

Antecedentes

1. Demanda. **Duver Duran Guerrero**, mediante apoderada judicial, presentó demanda laboral en contra del **Edificio Torres del Este**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 1° de julio de 2009 al 30 de julio de 2013; en consecuencia, solicita que se condene al demandado al pago de prestaciones sociales, vacaciones, recargos dominicales, horas extras diurnas y nocturnas, ordinarias y dominicales, aportes a seguridad social; de otra parte; además pide que se declare que el 1° de agosto de 2013 se suscribió contrato escrito de trabajo, en vigor hasta el 30 de abril de 2017 y se condene al pago de recargos dominicales y horas extras diurnas y nocturnas ordinarias y dominicales y auxilio de transporte causados en la segunda relación laboral, así como las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del C.S.T, indexación y costas (archivo “01DemandaAnexos”).

Como supuesto fáctico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que celebró contrato verbal de trabajo con el Edificio Torres del Este, vigente del 1° de julio de 2009 al 30 de julio de 2013, ejerciendo el cargo de vigilante, siendo su salario la suma de \$1.000.000 en 2009, \$1.070.000 para 2010, \$1.140.000 para 2011 y \$1.226.535 para



2012, sin que el empleador lo afiliara a seguridad social, ni recibió el pago de prestaciones sociales y desarrolló la labor en turnos de 24 horas, día y noche, sin recibir el recargo nocturno. De otra parte, aduce que el 1° de agosto de 2013 se firmó contrato escrito de trabajo entre las partes, pese a lo cual la relación continuó sin ningún cambio, dicho contrato se pactó por un año y se prorrogó hasta el 30 de abril de 2017, fecha en que el empleador lo terminó de forma unilateral, sin pagarle la indemnización por despido, ni la moratoria y que el salario ascendió a \$850.000 para 2013, \$900.000 para 2014, \$950.000 para 2015, \$991.635 para 2016 y \$1.062.000 para 2017, pero lo que reclama es que no le pagó el auxilio por transporte, ni recargos nocturnos, ni ser afiliado a ARL., agrega que citó al empleador a conciliación ante el Ministerio de Trabajo pero no asistió.

2. La demanda correspondió al Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, quien con auto proferido el 9 de julio de 2019 la admitió, ordenó la notificación y el traslado de rigor.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Edificio Torres del Este. En el término legal, a través de su representante contestó con oposición a las pretensiones, niega la primera relación laboral alegada por el demandante y acepta que suscribió contrato de trabajo a término fijo con el demandante el 1° de agosto de 2013, para ejercer el cargo de conserje, relación que finalizó el 30 de abril de 2017, fecha en que el trabajador decidió no continuar la prestación del servicio, dice que la jornada de trabajo se pactó por 8 horas diarias, lo afilió a seguridad social, le pagó las prestaciones sociales al finalizar el servicio. Aseguró que el edificio terminó anticipadamente el contrato de trabajo, pero se retractó y por ello le remitió una carta del 28 de abril de 2017, la cual no fue firmada por el demandante, siendo suscrita por testigos y enviada por correo certificado al domicilio del extrabajador; de otra parte, manifiesta que le canceló el auxilio de transporte, que se pactó como remuneración 1 smlmv y cada año se reconoció un trabajo suplementario ocasional, siendo el promedio salarial utilizado en la liquidación final de prestaciones sociales la suma de \$1.146.089, incluido el auxilio de transporte, motivo por el cual no le adeuda ninguna acreencia. En ejercicio de su derecho de defensa formuló las excepciones de mérito de buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, pago, prescripción, abuso del derecho y la genérica (archivo "05ContestacionDemanda").



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

4. Sentencia de primera instancia. El Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020 resolvió: *“PRIMERO: Declarar que entre el demandante, el señor Duver Durán Guerrero y la copropiedad Edificio Torres del Este existió un contrato de trabajo a término fijo a un año por el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2013 y al 30 de abril de 2017. SEGUNDO: Condenar a la demandada copropiedad Edificio Torres del Este a pagar al demandante la suma de \$3.3188.847, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual se pagará debidamente indexada desde el día 30 de abril del año 2017 y hasta su momento efectivo de pago. TERCERO: Absolver a la demandada copropiedad Edificios Torres del Este de las demás pretensiones invocadas en su contra por el señor demandante, conforme los motivos expuestos y en esos términos, declarar frente a estas demostradas las excepciones de cobro de lo no pedido e inexistencia de la obligación. CUARTO: Condenar en costas a la parte demandada, fíjense como agencias de derecho ... medio salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020.”.*

5. Recursos de apelación. Inconformes con la sentencia, ambas partes apelaron, bajo la siguiente sustentación.

5.1. Del Demandante. *“Frente al fallo proferido el día de hoy por el distinguido Despacho interpongo el recurso de apelación, teniendo en cuenta obviamente que no compartimos varias de las decisiones, entre ellas, efectivamente sí existe un vínculo laboral entre el trabajador y el patrón, obviamente en el material probatorio están los testimonios ... también documental, el cual pues el distinguido Juez se abstuvo de valorarlo, por ello pido que el Juez de segunda instancia por favor, en atención a la necesidad de la prueba y también en atención al principio de valoración de la prueba, establecida en los artículos 164 y 176 proceda a revisar esto. Además, también, porque están los elementos dados para constituir una relación laboral de trabajo, o sea, como es el servicio, se prestó efectivamente por el trabajador en la copropiedad, igualmente hubo una subordinación de parte del patrono de la copropiedad, porque al prestar el servicio pues obviamente recibía órdenes y recibía instrucciones como los turnos, como las funciones que hacía, lo que realizaba, que ampliamente hablaron los testigos, también recibía una remuneración, recibía un pago, ... se aportaron los recibos, son comprobantes de ingresos expedidos por la misma copropiedad de 2012 y 2013 que obran también en el expediente y obviamente que pues hubo una negativa de parte del respetado señor Juez a valorarlos. También indiscutiblemente cómo existe un vínculo laboral, pues obviamente existen unas prestaciones sociales, las cuales también pues en este fallo se negaron a reconocerlas, entonces de igual manera pido al Juez de segunda instancia de que se revise y obviamente se concedan estos derechos consagrados en la ley para el trabajador. Tampoco compartimos y estamos en total desacuerdo de que no haya lugar al recargo nocturno, cuando claramente lo dicen los testigos y lo dice el mismo señor Rodríguez que eran turnos, que se prestaban turnos obviamente de 24 horas, entonces ahí hay lugar, si son 24 horas obviamente cubren la noche, cubren precisamente lo que establece la Ley que cuando el trabajo la prestación del servicio se hace en horas de la noche, entonces también a este tiene derecho, el trabajador está amparado en la ley, indiscutiblemente también solicito con este recurso que sea revisado por el Juez de segunda instancia y obviamente que se revoque esta parte de la sentencia. Igualmente, no compartimos también el tema de que no se adeuda el auxilio de transporte, es que haber en el recibo de liquidación que lo elaboró la misma copropiedad Torres del Este, colocan el concepto del auxilio de transporte de \$83.000 pero lo colocan para la liquidación, en ninguno de los recibos, porque ellos de hecho no aportaron recibos donde*



conste el pago, se negaron a aportar una cantidad de documentos y en ninguno de los recibos consta que ellos le pagaban el auxilio de transporte, por el contrario, solo para efectos de liquidar, démonos en cuenta que en ninguna parte, ni en la contestación, aportaron los pagos o los recibos que ellos le hacían al trabajador, ¿dónde están?, ¿dónde están los conceptos?, de ninguna manera. Otra falla que yo veo aquí grandísima es que cuando le corren traslado en el auto de traslado el Juzgado requiere a la parte pasiva para que aporte la documentación que tenga relacionada con el contrato, con la prestación del servicio, con la relación laboral existente entre patrono y trabajador y la copropiedad se niega rotundamente, en ningún momento démonos cuenta que no se allegó ninguna documentación de ella, solamente se limita es a negar la primera relación, por así decirlo, la que va del 2009 al 2013, niega la relación escudándose en una empresa fantasma que, como lo dije, no tiene ninguna vida jurídica, ni vida legal, dese cuenta, si la copropiedad estableció un vínculo con la empresa de vigilancia, ¿dónde está la documentación?, ¿dónde está la prueba?, la carga de la prueba la tenía la parte pasiva, la cual no la aportó, ¿por qué? porque es mentiras, se aprovecharon de esta circunstancia, engañaron al trabajador para que prestara un servicio y finalmente colocan un tercero, un fantasma, una persona que no existe a responder, entonces esta es una fachada y esta es una manera como engañan en muchas relaciones a los trabajadores y desafortunadamente este aspecto tampoco se analizó ni se tuvo en cuenta por parte de este Despacho. Entonces considero que este fallo adolece de varios vicios, primero no se analizó la prueba que efectivamente se aportó, segundo tampoco se analizó la omisión de la parte de la parte demandada, la omisión de aportar la prueba porque realmente lo que ellos se limitaron fue a contestar y a negar una demanda, pero en ningún momento probaron muchos aspectos, la ley protege al trabajador pero en este caso, por el contrario, lo que vemos en el fallo es que lo desfavorece. Entonces, en este orden, solicito que el recurso de alzada, se dé para efectos de que el juez en segunda instancia revise a profundidad todos estos aspectos y se garanticen los derechos laborales del trabajador, sus prestaciones y obviamente se declare la relación laboral existente entre el año 2009 y 2013 e incluso que continuó hasta 2017, a través de la figura del contrato realidad, entonces solicito que se de aplicación al contrato realidad y que por favor se mire a profundidad el engaño en que prácticamente la copropiedad incurrió con el trabajador, claro la copropiedad actúa como parte dominante, el trabajador como la parte vulnerable, entonces ponen a firmar, hacen miles de cosas, esconden los documentos y finalmente no responden. Entonces en este en este punto solicito que se revoque el fallo parcialmente, en cuanto a que se diga que sí existió el vínculo laboral, se reconozcan las prestaciones sociales, se reconozca el auxilio de transporte, se reconozca los recargos nocturnos y por favor, que el patrono asuma los conceptos de las ARL y la vinculación al seguro social y a la salud. Muchísimas gracias

5.2. Del demandado. “Formuló recurso de apelación en contra de su sentencia por la indemnización por despido, teniendo en cuenta que el salario devengado por la parte actora era sobre un salario mínimo legal vigente, como se puede apreciar en el contrato firmado el día 1° de agosto de 2013, los demás elementos el trabajo suplementario, incluido el transporte, por lo cual la indemnización tomaría otro lugar. De igual manera el señor nos entregó un derecho de petición el día 25 de mayo, donde él también sabe que fue error de la administradora pasarle la carta de terminación anticipadamente, por lo cual ella se retractó de la terminación y le envió una carta retratándose a la casa de domicilio que tenía portada de la parte demandante, por lo cual solicitó que se exonere del pago de dicha indemnización. Gracias, señor juez”.



6. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia solo intervino el demandante, reiterando que la relación laboral entre las partes inició en julio de 2009 de forma verbal, prestando sus servicios en turnos de 24 horas como vigilante, hecho acreditado con lo relatado por el testigo Rodrigo Alberto Acosta Herrera y con la prueba documental allegada, tras lo cual la copropiedad formalizó la relación por escrito para subsanar varios incumplimientos al trabajador, sin embargo, el Juez a quo no valoró el material probatorio, en especial lo allegado por correo electrónico con ocasión de la pandemia por el virus del Covid-19 y con ello desconoció los derechos laborales generados durante la vinculación verbal del demandante, insiste que la pasiva omitió allegar los documentos relativos a la relación laboral del actor, pese ser requerida en el auto que admitió la demanda, que se absolvió a la pasiva a pesar de que no demostraron el pago de las obligaciones laborales reclamadas, que se brindó mediante el uso de una cooperativa fantasma que no existe., agrega que procede la condena por horas extras y recargos, porque es claro que el servicio se prestó en turnos de 24 horas, además debe accederse al reconocimiento del auxilio de transporte, al no haber sido reconocido en los desprendibles de pago.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A CPTSS, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿erró el juez a quo al no declarar la existencia del contrato de trabajo por el periodo del 1° de julio de 2009 al 30 de julio de 2013?; **2)** ¿se equivocó el Juez a quo al no condenar al pago de recargos, horas extras, prestaciones sociales, aportes y auxilio de transporte a favor del trabajador de ese interregno?; **3)** ¿desacertó el Juez a quo al ordenar el pago de la indemnización por despido?, en caso negativo, ¿fue correcto el salario considerado por el Juez a quo para liquidar dicha indemnización?.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que **adicionarán** los numerales primero y segundo del fallo de primera instancia, se **declarará** una prescripción y se **confirmará** los demás apartes de dicha providencia.

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 22, 23, 24, 488, 489 CST; Art. 25, 26, 28, 50, 66A, 83, 151 CPTSS; Arts. 167, 176 CGP; inc. 2° par. 1° Art. 33 de la Ley 100 de 1993; Art 9 de la Ley 797 de 2003; Decreto 1887 de 1994; Decreto 1833 de 2016; Decreto 1296 de 2022; CSJ SL Rad. 18.299 del 4 de julio de 2002, CSJ SL Rad. 33.710 del 2 de febrero de 2009, CSJ SL905-2013, CSJ SL2696-2015, CSJ SL16528-2016, CSJ SL3009-2017, CSJ SL939-2018; CSJ SL1064-2018; CSJ



SL1181-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL2879-2019, CSJ SL2353-2020, CSJ SL712-2021, CSJ SL1068-2021, CSJ SL2350-2021, CSJ SL2510-2021, CSJ SL3144-2021, CSJ SL4487-2021, CSJ SL5041-2021, CSJ SL1174-2022, CSJ SL2266-2022, CSJ SL2340-2022, CSJ SL3435-2022, CSJ SL4282-2022, CSJ SL087-2023, CSJ SL672-2023.

10.- Cuestión preliminar. Previo a dar solución a los problemas jurídicos planteados, de cara a los recursos de apelación formulados por las partes, el Tribunal advierte que no se pronunciará sobre la petición de la apoderada del demandante, relativa a que por efectos de la pandemia Covid 19 y tiempos requeridos para la búsqueda de pruebas, solo le fue posible remitir algunas de ellas a través de correo electrónico durante la etapa probatoria del juicio en primera instancia, sin embargo, esta Sala no cuenta con competencia para decretar la incorporación como prueba documental, por no darse los presupuestos consagrados en el artículo 83 del CPT y de la SS, además que, por tratarse de un tema nuevo, el cual no fue oportunamente alegado ni sustentado en el recurso de apelación formulado por el accionante, esta Sala no cuenta con competencia para resolverlo, conforme con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

Elucidado lo anterior, la Sala aborda el estudio de los problemas jurídicos planteados, previas las siguientes,

Consideraciones

¿erró el juez a quo al no declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo del 1° de julio de 2009 al 30 de julio de 2013?

El Código Sustantivo del trabajo, en sus artículos 22 y 23 determina los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber, la actividad personal, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio, mientras en su artículo 24, reformado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1990, establece que *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

La jurisprudencia ordinaria laboral enseña que, para que se active la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la parte demandante le basta con acreditar que prestó servicios personales para otra persona natural o jurídica y una vez demostrado



este elemento, corresponde al demandado desvirtuar tal situación mediante la prueba de los hechos contrarios, acreditando que ese servicio no se prestó bajo subordinación y dependencia sino de manera autónoma e independiente o que lo fue en beneficio de otra persona (CSJ SL2879-2019, CSJ SL3435-2022, CSJ SL672-2023).

En el caso concreto, la parte actora indicó en su recurso de apelación que el Juez a quo no valoró la totalidad de pruebas allegadas sobre la presunta relación laboral que existió entre las partes desde 2009 a 2013, sin embargo, se advierte que fue hasta el 5 de agosto de 2020 que la apoderada del demandante remitió un correo al Juzgado con el que refiere que *“aporto documentos para que obren en el proceso”* (pp. 2-18 archivo *“09JustificacionInasistenciaAporteDocumentos”*), fecha para la cual ya había **precluido** el término para solicitar pruebas, recuérdese que los estadios procesales para allegar medios probatorios por la parte demandante, es con la demanda o su reforma, conforme con los artículos 25, 26 y 28 CPTSS, de tal manera que si era de su interés ese acompañamiento debió hacerlo en esos precisos términos, con miras a que al momento de la etapa de pruebas, se dispusiera su incorporación, lo que brilla por su ausencia.

Por consiguiente, este Tribunal no entra a valorar dichos documentos, dada su extemporaneidad en su aportación, pues ni siquiera fueron decretados como pruebas en la primera instancia en la etapa pertinente, incluso cumple precisar que el Juez omitió resolver si los decretada o no como pruebas documentales en la audiencia celebrada el 6 de agosto de 2020, omisión contra la cual la apoderada del actor no presentó ningún recurso, de lo que se colige su conformidad, lo que conllevó a que quedara en firme su exclusión, sin que ahora ante ese descuido, pretenda tiempo después usar el recurso de apelación para solicitar su incorporación no reclamada oportunamente, y como se dijo, tampoco se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 83 CPTSS para que esta Sala los decrete como pruebas en segunda instancia, ya que dejaron de practicarse por culpa de la parte interesada.

Así las cosas, al no ser posible valorar los documentos allegados extemporáneamente, de cara a las pruebas documentales aportadas con la demanda, se verifica que con ninguna de ellas se acredita ni siquiera la prestación personal del servicio del demandante a favor de la copropiedad demandada por el periodo comprendido entre julio de 2009 a julio de 2013.



Sin embargo, con los testimonios practicados a solicitud de la parte actora y las propias pruebas arrimadas por la parte demandada, valorados integralmente, en virtud del principio de comunidad de la prueba consagrado en el artículo 176 CGP, permiten concluir que si se demostró la prestación personal del servicio del accionante en los extremos temporales señalados, tal y como pasa a exponerse.

Fue así como el señor Carlos Orlando Díaz, quien manifestó haber laborado 35 años como vigilante en el edificio ubicado *“calle 119 No. 14A-41”*, al frente de la copropiedad demandada ubicada en la *“calle 119 No. 14A-42”*, señaló que conoció al demandante desde julio de 2009 hasta abril de 2017 porque éste trabajó como vigilante al frente de donde el testigo prestaba su servicio y por ello *“nos veíamos las caras todos los días”*, por lo cual pudo darse cuenta que el actor trabajaba 24 horas como vigilante y se encargaba de abrir las 3 puertas del predio, 2 de ellas de los garajes y la tercera la puerta principal de la copropiedad, siendo responsable de recibir visitantes y usuarios, como se dijo, le consta por trabajar al frente del lugar donde desempeñó sus actividades el demandante.

A su vez, Miguel Ángel Hernández Mora, señaló que conoció al actor a mitad del año de 2009, porque era supervisor de la empresa Nasser y por ello asistía a la droguería Cafam ubicada al frente de la copropiedad demandada, situada en la *“calle 119 con 14A”* y en la cual el demandante trabajaba como vigilante, a quien conoció porque el testigo hablaba con *“los vigilantes de la cuadra”* y además el accionante era hermano de un compañero suyo de trabajo, dijo que él -testigo- ese mismo año dejó de laborar como supervisor y pasó luego a ser mensajero, llevando sobres al edificio donde el gestor prestaba su servicio, el que identificó como *“Torres del Este”*, asegurando que las funciones del actor eran de ser el guarda de seguridad encargado de *“abrir las puertas a los carros, al personal que vivía dentro del establecimiento, del conjunto, ósea a los residentes, control de visitantes, que llegaban pedidos de domicilios, que llegaban cartas, todo lo que hace un vigilante, un guarda de seguridad (...) en el edificio en la puerta principal y estaba pendiente de dos puertas más, una que daba al sótano, otra que estaba al lado de carros pero que no daba a sótanos y la principal, donde él mantenía pendiente de los residentes, visitantes”*, manifestó que le consta que el accionante laboró hasta marzo o abril de 2017, porque para ese entonces el actor le pidió ayuda para conseguir trabajo como mensajero, porque lo habían despedido.

Los testimonios antes reseñados fueron coincidentes y contestes al señalar la ubicación de la copropiedad demandada, como el sitio donde el demandante prestaba su servicios de vigilante, copropiedad que, según el certificado expedido por la Alcaldía Local de Usaquén, corresponde a la calle 119 N° 15A-42 de Bogotá D.C.



(pp.20 archivo “01DemandaAnexos”), estos testigos declararon las circunstancias por las cuales pudieron apreciar directamente la actividad personal del demandante como vigilante en el Edificio Torres del Este y los extremos temporales en que apreciaron tal hecho, por lo tanto, estima esta Corporación que si se reúnen los presupuestos para aplicar la presunción de existencia el contrato de trabajo del artículo 24 CST, al haber logrado demostrar el demandante su prestación del servicio a la copropiedad demandada, por el periodo comprendido entre julio de 2009 a julio de 2013, conclusión a la que se arriba, porque el deponente Carlos Orlando Díaz laboraba al frente de la copropiedad demandada, como vigilante, relatando lo que le pudo constar directamente de esa prestación del servicio en favor del edificio accionado, al permanecer allí por su condición de vigilante del edificio de al frente del que trabajaba el actor, siendo un testigo directo y presencial de las actividades desarrolladas por el demandante, entre ellas la relacionada con la apertura de puertas de garajes y la principal del predio, lo que es coincidente con lo dicho por el otro testigo, quien en su condición de supervisor tuvo charlas con los vigilantes de los edificios, entre ellos el actor, además cuando se desempeñó como mensajero iba a esa copropiedad a entregar correspondencia la que era recibida por el accionante, de tal manera que también conoció de primera mano la prestación del servicio brindada por el actor en favor del edificio demandado.

Entonces, al activarse la presunción legal del artículo 24 CST, corresponde a la demandada acreditar la ausencia de configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo para desvirtuarla.

Fue así como el representante del demandado Edificio Torres del Este manifestó que la única relación laboral que sostuvo con el actor inició el 1° de agosto de 2013 y que con anterioridad a tal fecha no tuvieron ninguna relación con el demandante, al no haber sido empleado directo del extremo demandado, dado que la accionada contrató con Coopservidores, unos servicios, pero no con el aquí demandante, allegando como prueba de su dicho copia de la respuesta de 16 de junio de 2017 al derecho de petición elevado por el accionante, en la cual manifestó que *“el edificio contrato (Sic) los servicios de la empresa Coopservidores, usted nunca fue contratado directamente por el Edificio del Este entre los años 2009 a julio de 2013”* (pp. 26-28 archivo “05ContestacionDemanda”), circunstancia que también mencionó el testigo Rodrigo Alberto Acosta Herrera, a quien se le preguntó: *“¿usted sabe si antes de 2013 el señor Duver prestó algún servicio al edificio?, en caso afirmativo, ¿cómo fue la forma en que prestó el servicio o no le consta que él antes de 2013 prestara algún servicio?”* contestó: *“no recuerdo bien, la verdad nosotros antes de 2013 teníamos una empresa, una cooperativa que llevaba los porteros. O sea, ¿el contrato era con la cooperativa?, Rta: sí, era una*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

cooperativa y la cooperativa llevaba los porteros (...) Por favor podría ampliar un poco al Despacho, aclarar al Despacho, ¿cómo fue la contratación, antes de 2013, de estos conserjes, como se hacía?, habla de una cooperativa, podría ampliar un poco más, dar más detalles, ¿quién pagaba, dónde prestaban el servicio, cómo lo hacían, quién los contratada? Rta: fue una cooperativa que contrató el administrador de ese momento, el administrador de ese momento contrató una cooperativa, nos informó”.

La pasiva para desestimar la existencia del contrato de trabajo, adujo que entre 2009 y julio de 2013 el servicio personal del demandante se prestó fue a una cooperativa, última con la cual el Edificio contrató el servicio de conserjería, sin embargo, más allá del dicho del testigo y de la respuesta que la propia demandada elaboró frente a una petición del actor, no existe ningún elemento de prueba que acredite, de forma contundente, la supuesta relación comercial sostenida con el ente cooperativo y, nótese como la encartada no allegó copia de los contratos celebrados con la supuesta cooperativa, ni de los pagos efectuados a ésta o de cualquier otro documento que respalde su tesis de que el servicio del accionante se prestó en dicho lapso para un tercero, distinto a la copropiedad, razón por la cual de cara al principio de la realidad sobre las formas, se evidencia que la accionada no logró desestimar la presunción del artículo 24 CST, incluso el mismo deponente a que se hizo alusión en precedencia, señaló como las labores de los vigilantes se desarrollaban a través de una cooperativa, de lo que bien puede colegirse que dicha prestación por ese interregno si la ejerció el actor, cosa diferente es que no obre en el juicio ningún elemento de convicción que conlleve a acreditar esa relación directamente con la cooperativa, como se dijo, no se acompañaron documentales que acrediten esa relación, como tampoco datos de existencia de la cooperativa, afiliaciones, entre ellas la del demandante, distribución de utilidades etc., etc., de modo que tal vinculación con la cooperativa ni por lumbre quedó acreditada.

En consecuencia, al no haber sido desvirtuada la mentada presunción del artículo 24 del CST, no queda opción distinta para esta Sala que declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, no obstante, como quiera que ni los testigos ni la respuesta dada por el Edificio al derecho de petición elevado por el demandante, precisaron las fechas de inicio y culminación de tal relación, la Sala aplicará la regla jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual en caso de duda sobre la data concreta de inicio y finalización de la relación laboral, se tomara el último día del mes en que empezó el vínculo y como fecha final el del primer día en que termina el contrato de trabajo (CSJ SL905-2013, CSJ SL2696-2015, CSJ SL1181-2018), razón por la cual por aproximación se declararán como extremos temporales



de ese primer vínculo laboral desde el 31 de julio de 2009 al 1° de julio de 2013, ya que por lo menos se considera que trabajó el último día del mes en comento hasta el primer día del mes en que finiquitó el contrato, en esa medida se revocará la sentencia por este aspecto.

¿se equivocó el Juez a quo al no condenar al pago de recargos, horas extras, prestaciones sociales, aportes y auxilio de transporte a favor del trabajador?

En cuanto la inconformidad del demandante contra la decisión del Juez a quo de no ordenar el pago de estos conceptos a cargo de la pasiva, llama la atención de la Sala que la apoderada de dicha parte cuestiona que el fallador de primer grado pasara por alto que la demandada no aportó las pruebas documentales relacionadas con los dos vínculos sostenidos con el actor, sin embargo, al verificar el escrito de demanda que presentó dicha profesional del derecho, se advierte que esta no reclamó como prueba la existencia de documentos en poder de la copropiedad, para que se aportaran con la respuesta del libelo y, por tanto, carece de lógica que se queje ahora que el Edificio no aportara documentos, más allá de los allegados con su contestación, por la sencilla razón que no fueron reclamados.

De otra parte, si bien la abogada del actor reclama en su recurso de apelación, que entre las partes existió una única relación laboral, tal petición no fue elevada en esos términos en la demanda, sus pretensiones fueron muy claras en solicitar la declaratoria de dos contratos de trabajo; el primero vigente del 1° de julio de 2009 al 30 de julio de 2013 y el segundo del 1° de agosto de 2013 al 30 de abril de 2017, reclamando respecto de cada relación laboral la condena por acreencias diferentes, ya que petitionó del primer vínculo las prestaciones sociales, vacaciones y aportes respecto, mientras que frente el segundo contrato pidió el auxilio de transporte e indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST, siendo la única pretensión común a ambas relaciones el pago de horas extras y recargos, sin que sea dable a estas alturas con la apelación pretender modificar las peticiones de la demanda, lo que carece de todo respaldo.

La diferenciación entre dos contratos y la petición de acreencias específicas para cada uno de ellos permite inferir que nunca se reclamó la unidad contractual, sin que sea válido, se reitera, que la apoderada del demandante pretenda reclamar esa mentada unidad contractual a través de la apelación, cuando así no fue reclamado en la demanda, y por obvias razones no fue dado a conocer a la pasiva, para que pudiera



en ejercicio de su derecho de defensa pronunciarse al respecto, ni fue incluido en el problema jurídico que fijó el Juez a quo, sin que pueda ser ventilado en segunda instancia a través de las facultades ultra y extra petita del artículo 50 CPTSS, por la sencilla razón que fue como se dijo fue un tema no controvertido, aunado a que tal facultad está reservada para el Juez de única o primera instancia, como se ha sostenido de forma pacífica por la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL2510-2021, CSJ SL3144-2021, CSJ SL4487-2021, CSJ SL2266-2022).

Por lo tanto, al no ser posible el estudio de la petición de la unidad contractual y al haber sido terminada la primera relación que ató a las partes el 1° de julio de 2013, si bien la pasiva no acreditó el pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas en vigencia de ese primer contrato de trabajo, lo que en principio conllevaría a ordenar el pago de las mismas por cuanto su falta de reconocimiento se redactó como una negación indefinida, las cuales según el artículo 167 CGP no requieren de prueba siendo carga de la contraparte desvirtuarlas, en concreto acreditando que si pagó tales emolumentos laborales, es del caso previo a fulminar cualquier condena revisar el fenómeno de la prescripción, exceptiva propuesta por la pasiva al dar respuesta a la demanda.

En el asunto se verifica que entre la fecha de terminación de dicha relación laboral, que lo fue el 1° de julio de 2013, como quedó resuelto en precedencia y la data de radicación de la demanda, de 2 de abril de 2019 (Archivo "02ActaReparto") transcurrieron más de tres años, de lo que se colige que están prescritas tales acreencias, conforme a los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS, de tal manera que al haber operado el término extintivo no hay lugar a fulminar condena.

No sucede lo mismo con los aportes a pensión causados en vigencia del primer contrato de trabajo, por estar aquellos íntimamente relacionados con la configuración del estatus jurídico de pensionado, siendo irrenunciable e imprescriptible su cobro, tal y como ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción laboral y de la seguridad social (CSJ SL712-2021, CSJ SL2350-2021, CSJ SL5041-2021, CSJ SL2340-2022).

En consecuencia, al haber sido redactado la falta de reconocimiento de los aportes a pensión como una negación indefinida y no existir prueba de su pago, ni siquiera de la afiliación a pensión con ocasión del primer contrato de trabajo que ató a las partes, no queda otro camino que condenar al extremo demandado a su reconocimiento a través del pago de un calculo actuarial, por ser esta la solución técnica para incluir en



la historia laboral los periodos no cotizado con ocasión de la falta de afiliación, con sujeción a las reglas descritas en el Decreto 1887 de 1994, compilado en el Decreto 1833 de 2016, reformado hoy por el Decreto 1296 de 2022 (CSJ SL1356-2019; CSJ SL2353-2020; CSJ SL4282-2022).

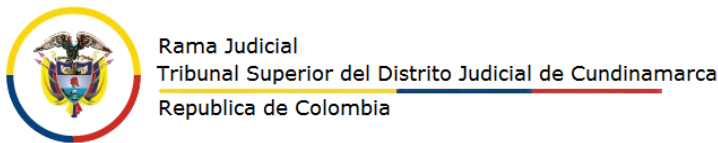
Lo anterior en aplicación del inciso 2 del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que preceptúa que en los casos previstos en los literales b), c), d) y e).

En este punto debe precisarse que el órgano de cierre de nuestra jurisdicción ha señalado el deber de considerar los salarios percibidos en el interregno donde no hubo aporte, de los cuales la administradora de pensiones tomará la edad, la fecha y el salario de referencia, la fecha de corte, entre otras variables señaladas en los precitados Decretos, por lo cual la liquidación del cálculo actuarial deberá considerar el salario devengado periodo por periodo (CSJ SL2340-2022, CSJ SL087-2023).

Para efectos de señalar el monto del salario que deberá ser tenido en cuenta para elaborar el cálculo actuarial de la primera relación laboral, se advierte que el actor no cumplió la carga de la prueba de acreditar que el mismo ascendió a los valores indicados en la demanda, por tanto, la Sala declarará que el monto de la remuneración fue de 1 smlmv, por estar probado que el trabajador cumplió la jornada laboral completa (CSJ SL16528-2016, CSJ SL3009-2017, CSJ SL939-2018).

En cuanto la solicitud de cobro de aportes a salud y ARL, esta Corporación advierte que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el reconocimiento de dichos conceptos opera únicamente si el demandante acredita el perjuicio derivado de la omisión en el pago de aportes a dicho subsistemas de la seguridad social, requisito que no se cumple en el caso bajo estudio, en el cual no se allegó prueba por parte de la apoderada del actor sobre algún perjuicio derivado de la ausencia de pago de aportes a salud y ARL, lo que conduce a negar su cobro (CSJ SL Rad. 33.710 del 2 de febrero de 2009, CSJ SL3009-2017).

Frente a las acreencias reclamadas respecto del segundo contrato de trabajo que ató a las partes entre el 1° de agosto de 2013 y el 30 de abril de 2017, la apoderada del actor pide en su recurso que se ordene el pago del auxilio de transporte, alegando que el Juez a quo no valoró los desprendibles de nómina en los cuales no se incluyó tal auxilio dentro de los conceptos cancelados, no obstante, como quiera que tales



desprendibles hacen parte de las documentales allegadas al proceso de forma extemporánea y que no forman parte del caudal probatorio, no es posible tenerlas en cuenta para resolver este punto del recurso.

No obstante lo anterior, la lectura del hecho 13 de la demanda permite inferir que la ausencia de pago del auxilio de transporte se alegó como una negación indefinida, por lo que de nuevo, conforme el artículo 167 CGP no requiere de prueba y era carga de la copropiedad demandada acreditar su pago, lo cual no hizo, por cuanto si bien relacionó tal concepto al momento de efectuar la liquidación final del contrato, ello solo fue para liquidar las prestaciones sociales y no para cancelar el auxilio en sí mismo, sin que exista prueba de su pago en vigencia del segundo contrato de trabajo que ató a las partes, motivo por el cual se accederá a su pago, por cuanto no se acreditó que el monto del salario percibido en la segunda relación laboral entre las partes fuera superior a 2 smlmv.

Considerando que la pasiva formuló oportunamente la excepción de prescripción y como quiera que no se aportó el contenido de la reclamación por la cual el actor citó a la copropiedad demandada a conciliación ante el Ministerio de Trabajo, no es posible concluir que en dicha solicitud hubiera reclamado el pago del auxilio de transporte, razón por la cual la interrupción del termino trienal prescriptivo lo fue hasta la radicación de la demanda el 2 de abril de 2019 (archivo “02ActaReparto”), de conformidad con los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS, por lo cual se declararán prescriptos los montos causados por tal auxilio con anterioridad al 2 de abril de 2016.

Así las cosas, considerando que el periodo por el cual procede el pago del auxilio de transporte lo es del 2 de abril de 2016 al 30 de abril de 2017, conforme el monto del auxilio para dichas anualidades fijado en los Decretos 2553 de 2015 y 2210 de 2016, el saldo insoluto de pago asciende a \$1.031.860:

Desde	Hasta	Días	Aux. transporte	Subtotal
02/04/2016	31/12/2016	270	77700	699300
01/01/2017	30/04/2017	120	83140	332560
Subtotal				\$ 1.031.860

De otra parte, se ordenará el pago indexado del auxilio de transporte, tomando como IPC inicial el del mes en que se causó su pago y como IPC final el del mes la pasiva efectúe su pago.



Lo anterior conforme la regla jurisprudencial adoptada por nuestra corporación de cierre, quien manifestó *“Por lo visto, a partir de esta sentencia la Sala fija un nuevo criterio, para establecer que el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa y, en tal sentido, recoge la tesis que hasta ahora sostenía, según la cual tal corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, postura que se encuentra entre muchas otras, en sentencias CSJ SL, 17 jun. 2005, rad. 24291, CSJ SL, 14 nov. 2006, rad. 26522, CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 41471, CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 42973, CSJ SL13920-2014, CSJ SL16405-2014, CSJ SL9518-2015, CSJ SL3199-2017 y CSJ SL3821-2020” (CSJ SL359-2021).*

En cuanto el cobro de horas extras y recargos, pagos solicitados respecto los dos contratos de trabajo que existieron entre las partes, esta Sala advierte que el órgano de cierre de nuestra jurisdicción ha sostenido, de forma contundente, que no es dable al Juez el acudir a cálculos o suposiciones respecto el número probable de los mismos para impartir condena, la que procede únicamente cuando se acredite por quien reclama dichos pagos la real y efectiva prestación del servicio en los periodos exigidos por la Ley para la causación de las horas extras y recargos (CSJ SL1064-2018, CSJ SL1068-2021, CSJ SL1174-2022).

En el caso bajo estudio, la apoderada del demandante aseguró que su cliente laboró en turnos de 24 horas, situación referida por los testigos Carlos Orlando Díaz y Miguel Ángel Hernández Mora, sin embargo, dichas manifestaciones no son contundentes para tener por demostrada, de forma suficiente y sin lugar a dudas, los días específicos y horas de ingreso y de salida del trabajador, para de ese modo determinar la prestación efectiva del servicio, de tal forma que sea posible precisar el número de horas extras y recargos causados, razón por la cual, aplicando la regla jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia no queda opción diferente que negar el reconocimiento de dichos emolumentos.

Agotados todos los puntos de reproche elevados por la apoderada del demandante respecto el cobro de acreencias laborales alegadas en su recurso, concluye esta Sala que solo procede el reconocimiento al pago de los aportes a pensión causados en vigencia del primer contrato de trabajo, a través del pago del cálculo actuarial.

¿desacertó el Juez a quo al ordenar el pago de la indemnización por despido?, en caso negativo, ¿fue correcto el salario considerado por el Juez a quo para liquidar dicha indemnización?



Pasa la Sala a pronunciarse acerca del recurso de apelación de la demandada, quien sostiene que no procede la indemnización por despido consagrada en el artículo 64 del CST, porque la pasiva se retractó de la comunicación de no prórroga del segundo contrato de trabajo que unió a las partes, en subsidio, cuestiona que dicha indemnización fuera liquidada considerando la remuneración señalada en la liquidación del contrato, pasando por alto que el salario acordado fue de 1 smlmv. Para resolver la precitada inconformidad, es relevante considerar que el segundo contrato de trabajo que ató a las partes se celebró el 1° de agosto de 2013 a término fijo “de doce meses” (pp. 13-15 archivo “05ContestacionDemanda”), lo que permite inferir que su vigencia lo era hasta el 31 de julio de cada anualidad. Del mismo modo, se acredita que el 31 de marzo de 2017 la administradora de la copropiedad demandada notificó, por escrito, la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 30 de abril de 2017 (pp. 18 archivo “01DemandaAnexos”).

Así las cosas, no queda duda que la demandada terminó el contrato de trabajo sin justa causa, sin embargo, la apoderada de dicha parte alega que su procurada se retractó de tal decisión a través de escrito del 28 de abril de 2017, dirigido al trabajador, por el cual le dijo: *“me permito dar alcance a la comunicación fechada el día 31 de marzo de 2017, en la que es notificada la decisión de terminación del contrato laboral el día 31 de marzo de 2017, a lo que me permito manifestar de manera expresa que la mencionada comunicación queda sin efectos jurídicos, por lo que el contrato de trabajo a término fijo de un año suscrito entre las partes tiene vigencia hasta el día 31 de julio de 2017”* (pp. 18-19 archivo “05ContestacionDemanda”).

Sobre los efectos de la comunicación de *retracto*, la Sala acoge el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL Rad. 18.299 del 4 de julio de 2002, providencia en la cual el órgano de cierre de nuestra jurisdicción indicó:

“(…) Al margen de todo lo dicho estima la Sala pertinente precisar por vía de doctrina que en la vida del derecho las manifestaciones de voluntad de los particulares en principio son revocables, a menos que la ley expresamente lo prohíba o que dadas las circunstancias concretas ello sea improcedente. Específicamente en el campo laboral los cambios de decisión de un trabajador o sus nuevas manifestaciones de voluntad son legalmente admisibles si son oportunos y si con ellos no se quebrantan los derechos mínimos, los irrenunciables y en general los que le discierne la legislación laboral. Es así como una vez presentada una renuncia puede el dimitente retractarse de ella si no le ha sido aceptada, con mayor razón si el contrato de trabajo se halla en plena vigencia.

De análoga manera, el despido del empleador no es por sí solo signo de coacción ni de ejercicio indebido de sus atribuciones que enerve la posibilidad de que el trabajador llegue a un avenimiento posterior con su patrono, ya bien para evitar un proceso ulterior o por cualquier



*circunstancia que lo favorezca o que consulte de modo plausible su fuero interno, **siempre que la manifestación de voluntad del trabajador sea inequívoca, obedezca a su determinación libérrima, exenta de fuerza o de presiones.***

*Si conforme al numeral sexto del artículo 6º de la Ley 50 de 1990, después de un despido injustificado no hay lugar al pago de indemnizaciones legales si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían al momento de su ruptura, **esa misma lógica impera cuando, después de notificado un despido y hallándose el contrato aún vigente las partes convienen libremente como forma de terminación del contrato el mutuo acuerdo,** a fortiori si está acompañado del reconocimiento al empleado de una bonificación igual o superior a las indemnizaciones legales a que tendría derecho en caso de despido injustificado. Naturalmente, si la dimisión del trabajador no ha sido libre ni voluntaria sino fruto de maniobras patronales fraudulentas o indebidas, o de circunstancias legalmente inadmisibles, diferentes del simple despido, tal comportamiento censurable de ninguna manera está prohibido por el derecho y por tanto proceden las indemnizaciones y demás consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico para los despidos injustificados (...)" (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Aplicando el precedente jurisprudencial al caso, está demostrado que el empleador dio por terminado de forma unilateral sin justa causa el segundo contrato de trabajo, decisión que comunicó al trabajador, quien plasmó su firma en la carta de despido, por ende, no podía el empleador, de forma unilateral y sin contar con la anuencia o visto bueno del trabajador, retractarse del finiquito, presupuesto que no se cumple en el asunto, pues el actor expresamente rechazó esa determinación por escrito a la manifestación de la demandada de dejar sin valor ni efecto el despido (pp. 18-19 archivo "05ContestacionDemanda").

En consecuencia, se confirmará obró bien el juez de instancia al fulminar esa condena, por lo que se confirmará en ese punto la sentencia apelada, lo que abre paso a que esta Sala proceda a resolver la petición subsidiaria de la parte apelante, de liquidarla teniendo como base el smlmv, monto que según su dicho era el percibido por el demandante.

Revisado el segundo contrato de trabajo celebrado entre las partes, se observa que el salario acordado ascendió a 1 smlmv (pp. 13-15 archivo "05ContestacionDemanda"), no obstante, la liquidación final de la segunda relación laboral se realizó con un salario base de \$1.062.949 (pp. 17 archivo "05ContestacionDemanda"), siendo que el artículo 64 CST determina que la indemnización por despido, para el caso de los contratos a término fijo, equivale al



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado.

En consecuencia, si bien en el contrato de trabajo de 2013 se indicó que el salario del demandante era 1 smlmv, no hay razón alguna para desconocer el monto salarial consignado en la liquidación, al ser este acto el más reciente y directamente tenido en cuenta por el empleador en la liquidación de las prestaciones sociales, sin que exista razón valedera desconocer el valor salarial aceptado por la pasiva como final a la culminación de la relación contractual, lo que conlleva a confirmar el monto ordenado por la referida indemnización en primera instancia, en esa medida se confirmará la sentencia apelada por este aspecto.

Ahora bien, para lograr una mejor ejecución en la presente causa, se precisará que el pago del cálculo actuarial deberá hacerse dentro de los 30 días calendario siguientes a la solicitud que eleve el demandado Edificio Torres del Este dentro del término de 5 días hábiles siguientes a su ejecutoria. En caso de que el empleador no lo haga, la parte demandante puede elevar solicitud de elaboración del cálculo dentro de los 5 días hábiles siguientes.

Costas. Ante la prosperidad parcial del recurso de apelación del demandante, no se condenará en costas de esta instancia. Por haber sido resuelto desfavorablemente la apelación de la parte demandada, será condenada en costas de esta instancia, fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Adicionar el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de declarar la existencia de un primer contrato de trabajo entre las partes, vigente del 31 de julio de 2009 al 1° de julio de 2013.

Segundo: Declarar prospera la excepción de prescripción formulada por la parte demandada respecto de los emolumentos laborales reclamados por la primera relación laboral, con excepción de lo relativo a la seguridad social en pensiones, así mismo,



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

respecto del auxilio de transporte causado con anterioridad al 2 de abril de 2016 respecto de la segunda relación laboral.

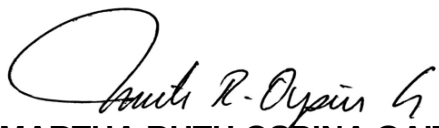
Tercero: Adicionar el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de Condenar a la demandada Edificio Torres del Este a pagar a favor del demandante Duver Duran Guerrero: **i)** el cálculo actuarial que para el efecto elabore la administradora de pensiones a la cual éste último se encuentre afiliado, por el periodo sin afiliación al Sistema General de Pensiones del 31 de julio de 2009 al 1° de julio de 2013, liquidados sobre un salario de 1 smlmv. El pago del cálculo actuarial deberá hacerse dentro de los 30 días calendario siguientes a la solicitud que eleve la demandada dentro del término de 5 días hábiles siguientes a su ejecutoria. En caso de que la empleadora no lo haga, la parte demandante puede elevar solicitud de elaboración del cálculo dentro de los 5 días hábiles siguientes; **ii)** la suma de \$1.031.860 por concepto de auxilio de transporte causado del 2 de abril de 2016 al 30 de abril de 2017, cifra que deberá ser indexada, tomando como IPC inicial el del mes en que se causó su pago y como IPC final el del mes la pasiva efectúe su pago.

Cuarto: Confirmar en lo demás la sentencia apelada, conforme la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

Sexto: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

Ausencia Justificada
JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 039 2017 00277 01

Sandra Janeth Velásquez Rodríguez vs. E.P.S. Famisanar S.A.S. y Otro.

Bogotá D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación formulados contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente sentencia.

Antecedentes

1. Demanda. Sandra Janeth Velásquez Rodríguez, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la **Asociación de Amigos contra el Cáncer Proseguir** y **E.P.S. Famisanar S.A.S.**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la EPS del 10 de octubre de 2014 al 23 de julio de 2015 y que la IPS actuó como simple intermediaria. En subsidio, solicita que se declare el contrato de trabajo con la IPS por el mismo periodo y que la EPS es solidariamente responsable como beneficiaria del servicio. En consecuencia, que se condene al pago de prestaciones sociales y vacaciones, indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria, indexación, lo *ultra y extra petita* y costas (archivo “01ExpedienteParte1”, pp. 1-8 archivo “02ExpedienteParte2”; pp. 101-157 archivo “07ExpedienteParte7”).

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que la EPS Famisanar contrató con la Asociación de Amigos contra el Cáncer la atención de sus afiliados, que a través de fallos de tutela obtuvieron el servicio de enfermería a domicilio 24 horas, que el objeto social tanto de la Asociación como de la EPS demandada, es prestar servicios de salud,.



Afirmó que se vinculó con la Asociación el 10 de octubre de 2014, relación que finalizó el 23 de julio de 2015, desempeñando el cargo auxiliar de enfermería a domicilio, que sus funciones consistían en administrar medicamentos, diligenciar historias clínicas, control y registro de signos vitales, conformar y mantener la unidad del paciente, registrar todo procedimiento, realizar actividades lúdicas de recreación, aseo diario del paciente y de su unidad, tendido de cama, baño en cama, manejo de equipo médico, administrar nutrición conforme orden médica, cuidado con gastronomía, cambio de posiciones cada 2 horas, toma de residuos gástricos, cuidado de oxigenoterapia, entrenar y capacitar al paciente y a familiares sobre actividades y cuidados específicos, manipulación y desecho de residuos tóxicos, seguir el protocolo y guía de procedimiento de cada paciente, comunicación inmediata con la jefe de enfermería o médico en caso de eventos adversos o irregularidades con el paciente y sus cuidados, rendición de informes mensuales, atención pronta a las solicitudes del médico o sus delegados, recepción del paciente y toda actividad que considerara el equipo interdisciplinario y la enfermera jefe según el programa diario.

Señala que recibió órdenes e instrucciones de los profesionales de la salud y jefes de enfermería de la Asociación y eventualmente de los jefes de la EPS Famisanar respecto del tratamiento de los pacientes, que su remuneración fue de \$1.376.000, la logística para cumplir sus funciones la suministró la Asociación y eventualmente la EPS, que realizó personalmente la labor, no se podía ausentar en la jornada laboral y trabajó de domingo a domingo en turnos de 12 horas de 7am a 7pm o de 7pm a 7am y a veces de 8am a 2pm o de 2pm a 10pm, que siempre estuvo bajo subordinación y dependencia de la Asociación y ocasionalmente de la EPS. Por último, agrega que no le pagaron prestaciones sociales, ni vacaciones.

1.1. Reforma de la demanda. En el término legal se reformó la demanda, para adicionar los hechos, en cuanto a que eventualmente recibió órdenes e instrucciones de los médicos de la EPS, que en ocasiones prestó turnos de 24 horas y atendió pacientes en virtud de fallos de tutela u orden del médico tratante dada a la EPS, que el objeto de la EPS es organizar el SGSSS, en cuanto a las pruebas aportó unas documentales y solicitó otras testimoniales (pp. 177-188 archivo “13ExpedienteParte13”; pp. 1-109 archivo “14ExpedienteParte14”).

2. La demanda correspondió al Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, quien con auto proferido el 13 de septiembre de 2017 la admitió y le dio trámite. Y mediante auto del 9 de abril de 2019 se admitió la reforma a la demanda.



3. Contestación de la demanda y llamamiento en garantía.

3.1. E.P.S. Famisanar S.A.S. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones. Aduce que no es responsable del pago de acreencias laborales a la demandante, porque nunca sostuvo una relación laboral con ella; de otra parte aduce que no es solidariamente responsable del pago de los derechos laborales pues nada tuvo que ver con el vínculo que existió entre la actora y la IPS demandada y ambas organizaciones cumplen funciones diferentes, siendo la EPS responsable de organizar y garantizar el plan de obligatorio en salud, mientras que la IPS se encarga de la prestación directa del servicio de salud, que no le constan las circunstancias específicas en que la demandante presuntamente prestó sus servicios al no haber sido empleadora de ésta, limitando la EPS a cumplir las funciones asignadas a dicho tipo de entidades en la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia de contrato de trabajo, cobro de lo no debido y la genérica (pp. 123-149 archivo “15ExpedienteParte15”).

Además presentó llamamiento en garantía de la Asociación de Amigos contra el Cáncer Proseguir (pp. 41-45 archivo “12ExpedienteParte12”) y a Seguros Generales Suramericana S.A. (pp. 91-127 archivo “13ExpedienteParte13”, pp. 1-3 archivo “13ExpedienteParte13”).

3.2. Asociación de Amigos contra el Cáncer Proseguir. Se opone a todas las pretensiones de la demanda, manifiesta que la accionante prestó servicios como auxiliar de enfermería, en virtud de un contrato de prestación de servicios suscrito el 10 de octubre de 2014, como profesional independiente, enfermera domiciliaria de forma libre, según su experiencia, conocimiento, experticia, autonomía, diligencia y ética profesional, sin que se pueda hablar de “funciones” sino más bien de servicios, recibiendo directrices por parte de las jefes de enfermería de la Asociación, la que también coordinó la logística para el cumplimiento de las actividades, siendo asignados los turnos de acuerdo a la disponibilidad de tiempo de la contratista, a quien nunca canceló los derechos reclamados porque la relación contractual era civil y no laboral, no hubo subordinación, sino apenas la mera coordinación contractual propia de todo negocio. De otra parte, aseguró que una EPS no presta servicios de salud ya que solo administra como delegada la función de organizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el único beneficiario del servicio fue el propio paciente. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de



subordinación, buena fe, prescripción y la genérica (pp. 113-115 archivo “15ExpedienteParte15”).

Por auto del 02 de agosto de 2019 se le tuvo por no contestada la reforma de la demanda; a su vez, con auto del 31 de enero de 2020 se le tuvo por no contestado el llamamiento en garantía (pp. 117-119, 173 archivo “15ExpedienteParte15”).

3.3. Seguros Generales Suramericana S.A. Se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos señaló que no le constan, que la Asociación demandada canceló todas las obligaciones a la demandante, que la EPS nunca fue el empleador y por tanto no está llamada a cancelar los montos reclamados, coadyuvando la oposición de dicha EPS, que si se le declara como verdadero empleador, la póliza no cubre tal evento, manifiesta que los objetos de la EPS e IPS son distintos y por ello no hay solidaridad. Formuló las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva de la EPS, inexistencia de relación laboral entre la demandante y la EPS, ausencia de solidaridad entre la IPS y la EPS, inexistencia de la obligación de la EPS frente la indemnización moratoria, prescripción y compensación (archivo “17ContestacionSuramericana”).

Frente al llamamiento en garantía expresó que se opone a las pretensiones, acepta que la Asociación demandada le contrató la póliza de cumplimiento 1289778-6, que ampara salarios y prestaciones sociales en las condiciones generales y particulares del seguro, el cual no cubre el incumplimiento cuando el empleador sea la EPS. Interpuso las excepciones de mérito de ausencia de cobertura de la póliza frente las pretensiones principales, ausencia de siniestro de la póliza por inexistencia de obligación a cargo del asegurado, ausencia de cobertura frente pretensiones ajenas a los riesgos cubiertos en la póliza, inexistencia de obligación porque para la fecha de inicio de la vigencia de la póliza los hechos del proceso eran cierto y/o iniciaron con anterioridad a la vigencia de ésta, prescripción de las acciones del seguro; de forma subsidiaria, elevó la excepción de sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones previstos en la póliza.

4. Sentencia de primera instancia. La Jueza 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021 resolvió: *“Declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora Sandra Janeth Velásquez Rodríguez y la empresa Asociación de Amigos contra el Cáncer IPS Proseguir, desde el 10 de octubre de 2014 hasta el 23 de julio de 2015, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Segundo: Condenar a la IPS Asociación de*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Amigos contra el Cáncer Proseguir al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero: 1. por concepto de cesantías la suma de \$1.085.511; 2. por concepto de los intereses de cesantías la suma de \$60.862; 3. prima de servicios \$1.085.511; Vacaciones \$546.756, valor que deberá ser indexado al momento del pago; (inaudible) del artículo 65, el valor de \$33.023.520, lo cual cubre del 24 de julio de 2015 y hasta el 23 de julio de 2017, en la razón de \$45.866 diarios, a partir del 24 de julio de 2017 se deberán pagar los intereses moratorios sobre las prestaciones adeudadas cesantías, intereses a la cesantía y prima de servicios; por concepto de sanción por no consignación de cesantía, la suma de \$7.292.799. Tercero: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada Proseguir, conforme a la parte motiva de la sentencia. Cuarto: Denegar las pretensiones incoadas por la demandante en contra de Famisanar, y, por ende, no pronunciarse frente al llamamiento en garantía. Cuarto (Sic): Condenar en costas a la parte demandada Proseguir IPS, dentro de las cuales se incluye como agencias en derecho la suma de \$1.720.000 y también se condena en costas a la parte demandante y en favor de Famisanar en la suma de \$650.000.”.

5. Recursos de apelación. Inconformes con la sentencia, las partes apelaron, bajo la siguiente sustentación:

5.1. De la demandante. *“Respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación con base en los siguientes argumentos. Comparto íntegramente los fundamentos de su decisión, salvo por lo que respecta a no declarar la solidaridad. Ciertamente se presenta una situación muy particular y es que no fue el único beneficiario, la estadística es que el 96% del servicio que se prestó el beneficiario era FAMISANAR, entonces aquí se presenta una situación poco ortodoxa y ¿qué pasa cuando el beneficiario no es exclusivo y se benefició pero solamente de una parte del trabajo ejecutado por la demandante?, la solución tomada por el Despacho fue absolver, pienso que debió de acudirse a un par de criterios, el primero, pues el principio de proporcionalidad y resulta razonable considerar que de esas prestaciones, primas, vacaciones, cesantías y de las vacaciones se debió condenar a FAMISANAR en proporción al tiempo que se le prestó el servicio a estos, esto resultaría razonable, sobre todo considerando otro principio conforme al cual la interpretación de los asuntos de orden laboral se deben de realizar en favor del trabajador, entonces no se puede excluir al beneficiario porque bastaría que una persona la mandara a PROSEGUIR a prestar el servicio a otra entidad y ya de plano desapareció la responsabilidad del beneficiario, recordemos que estas normas fueron instituidas con el propósito de asegurarse que aquellas personas que en principio tendrían que responder por los salarios y prestaciones e indemnizaciones y demás acreencias de orden laboral, pues no se puedan deshacer del asunto a través de la tercerización, entonces aquí se estaría abriendo una brecha para que ellos pudieran zanjar su responsabilidad, mande a la enfermera un día a trabajar con otra IPS y el asunto quedaría resuelto, por eso creo que la interpretación que debe de considerarse, atendiendo a la naturaleza tuitiva de esa protección, para la cual fue instituida la jurisdicción laboral, debería arrimarnos a esta conclusión, que el porcentaje por el cual debe responder de las prestaciones FAMISANAR es el que le corresponde al tiempo que fue beneficiario de la actividad, pero como la indemnización moratoria no tiene que ver con el quantum del fallo de las condenas por estas prestaciones, pues ahí sí debería de resultar totalmente solidario, porque el hecho de que haya mayor cantidad de tiempo o no, pues igual implica que la sanción moratoria resulte aplicable, igual en tratándose de la sanción por no consignación de esas entidades porque los turnos que realizó para el año 2014, también, bueno no he sacado la proporción, pero ya lo haré en la ampliación de los alegatos a los que me permite el Tribunal hacerlo,*



pues lo aterrizaré, lo importante es que dejo planteado el tema para que pueda ser estudiado. En esos términos dejó planteado mi recurso, Señoría muchas gracias”.

5.2. De la demandada Asociación de Amigos contra el Cáncer Proseguir. *“Para interponer el recurso de apelación que me confiere, pues el Código procesal del trabajo, con la finalidad de poder evidenciar algunos yerros en la construcción de la sentencia que evidenció por parte del despacho y que procedo a vislumbrar de la siguiente forma. En primera medida, es necesario indicar que, a juicio del aquí recurrente, el Despacho está desconociendo de manera flagrante una serie de consideraciones, una serie de explicaciones, una serie de pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se ha decantado ampliamente todo lo que ha sido debatido en el presente proceso, sea lo primero advertir que la coordinación de actividades, la coordinación de un horario o más bien el pacto de un horario para el cumplimiento de actividades, así mismo como la solicitud de rendir informes y más aún como la posibilidad de que el contratista porte elementos representativos del contratante, han sido elementos que fueron evacuados ampliamente por parte de la jurisprudencia, en el sentido de indicar que todos aquellos elementos no son constitutivos de un contrato de trabajo, solamente las órdenes que se puedan evidenciar en el presente asunto. Previo a pasar a la lectura de algunos apartados jurisprudenciales plenamente aplicables al caso, he de indicarle al Despacho que los elementos probatorios por excelencia llamados a desvirtuar y a desconocer este principio de subordinación, en efecto, sí fueron acreditados por la parte aquí demandada, si fueron acreditados por PROSEGUIR porque bien sea el interrogatorio de parte que procedí a practicar en contra de la aquí demandante, donde se evidencian serias falencias y serias contradicciones que serán pues ampliadas en el Tribunal en la forma que yo pueda acceder pues a los audios de este proceso y poder pues ejemplificarlos en el documento que posteriormente aportaré, así mismo como la declaración de parte o más bien como el interrogatorio que fuera absuelto por parte de la representante legal de PROSEGUIR dan cuenta que en efecto, en ningún momento, hubo una orden o más bien un instrumento subordinador que permitiera acreditar algún tipo de dependencia del trabajador de las órdenes del empleador, simplemente, tras de que no está acreditado y me correspondió a mí la carga probatoria igualmente de poner en conocimiento la falta de subordinación, ello aconteció con 3 elementos que fueron practicados que son el interrogatorio, el testimonio rendido por parte de la familiar de la persona que fue atendida, a sí mismo como el interrogatorio que le fuera practicado a la aquí demandante, en donde en ningún momento se constata la posibilidad o ningún momento se constata la instrucción y la subordinación de órdenes continuas a la aquí demandante, sea del paso indicar entonces que el Juzgado está desconociendo los precedentes jurisprudenciales que fueron plasmados en la contestación de la demanda, precedentes jurisprudenciales que paso a indicar de la siguiente forma, entonces, previo, pues a una introducción que hace la Corte y dice “lo anterior se dice porque definitivamente la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio civil realiza sobre la ejecución de las obligaciones derivadas del mismo, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propia la relación de trabajo, pues estas últimas tienen una naturaleza distinta a aquellos”, esta es la primera sentencia que, a mi juicio, ha sido vulnerado por parte del Despacho, la segunda sentencia la tengo colación de la siguiente forma, en el mismo sentido, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL663-2018 precisó: “al respecto es de recordar que si bien en el contrato de prestación de servicio no existe una subordinación jurídica, si es dable que en algunas ocasiones se configure una especie de subordinación técnica y escúchese bien subordinación técnica, que el contratista puede recibir del contratante instrumentos e instrucciones fundamentales para el desarrollo de su labor, hago referencia*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

a este apartado jurisprudencial bajo el entendido de que en el concepto de la señora Juez, el entregar unos elementos de gasa y guantes es un elemento plenamente demostrativo de la relación de subordinación que existe o de la entrega de dotación por parte del demandante, situación que contradice abiertamente lo que ha sido establecido por la jurisprudencia, por lo cual considero que este Despacho se está apartando de los precedentes jurisprudenciales que son aplicables al caso, más a este caso en salud porque pues a continuación, tal cual lo vamos a decir, este caso aplica directamente a salud, instrumentos e instrucciones fundamentales para el desarrollo de su labor, al fin de cumplir con estándares obligatorios que, como en el caso, están enmarcados en políticas de salud, tal y como ya lo he explicado esta sala, por ejemplo, en sentencia SL130020-2017, ella se afianza también con lo dispuesto en mirar quinto de la cláusula y aplica para el otro lado, pero lo que estoy diciendo es que en salud se permite inclusive la coordinación técnica, aspecto que ha sido desconocido flagrantemente por este Despacho, no es posible que se pueda indicar algún grado de dependencia o de subordinación cuando la misma jurisprudencia admite una subordinación técnica, una interdependencia técnica, más aún cuando los medios de prueba idóneos para poder desvirtuar las órdenes que le fueron dadas son el interrogatorio que le fuere practicada a la aquí demandante, a sí mismo, como el interrogatorio absoluto por la parte por mi representada, tengamos en cuenta que para salud es posible inclusive hablar de coordinación técnica. El segundo punto que quiero dejar especialmente subrayado en el presente recurso de apelación, es el hecho de indicar que el pacto de los horarios en los cuales se deben cumplir las funciones ha sido confundido por parte del presente Despacho, el Despacho procede a indicar que la coordinación del horario es un indicio, es un hecho totalmente plausible para poder indicar un contrato realidad, cuando lo cierto es que la jurisprudencia también se ha encargado de indicar que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre los resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento en subordinación, por eso no comparto el fallo que ha sido proferido por parte del presente Despacho, porque si bien es cierto existen unas cuentas de cobro que fueron radicadas, si bien es cierto existe la anotación de una historia clínica cada 2 horas, no es a capricho ni por órdenes que fueron edificadas por parte de la aquí demandada PROSEGUIR, no es que se la haya dado la orden de que cada 2 horas tenían que poner las actualizaciones de las notas médicas y las notas de enfermería, no, es por ministerio de la ley, la ley me ordena la forma en como debe ser llenada una historia clínica y la ley ordena la forma en que un profesional de enfermería, que tiene que tener plena conciencia de cuáles son sus actividades, deberá llevar a cabo, por lo cual no puede ser susceptible que se traiga a colación el ejemplo de que las órdenes que le fueron impartidas fue una subordinación por parte del contratante con el contratista del horario, no, en ningún momento, vuelvo y se deja muy claro que en caso de que la DEMANDANTE no hubiera aceptado la asignación de uno de los usuarios de FAMISANAR o de cualquier otra EPS estaba en la libre potestad de hacerlo, nunca se le pudo conminar al cumplimiento de la obligación, no existe prueba por parte de la parte DEMANDANTE de que se haya acreditado la obligatoriedad de la aceptación, aun así, cuando le corresponde a la parte DEMANDADA probar entonces la imposibilidad o más bien probar entonces el aspecto de insubordinación respecto al contrato laboral, téngase en cuenta que la doctora Jennifer Canchila siempre argumentó que el contratista estaba en la plena disponibilidad de aceptar o no la asignación, razón por la cual no veo este Juzgado porque indica que no fue desacreditado el elemento de la subordinación cuando en el interrogatorio, muchas veces la doctora Jennifer Canchila procedió a indicar lo que en este momento estoy en mencionando, es decir, que la coordinación de horario o más bien el



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

horario en el que debería ser prestado el servicio tiene que ser obligatoriamente pactado previamente a que se a que sea enviado el personal de enfermería al domicilio del usuario, no existe otra posibilidad lógica en la cual yo pueda enviar o en la cual yo pueda saber o en la cual yo pueda coordinar con todas las enfermeras, saber cuál va a ser su turno de atención si no es coordinado previamente o si no es aceptado previamente, por lo cual no se comparte el argumento del Juzgado de que es que fue impuesto un horario, no, en ningún momento fue impuesto, fue consultado y fue pactado volitivamente por ambas partes. Sea también necesario indicar que respecto del plan de manejo que fue formulado por parte de los médicos, lo que existe es una instrucción inicial, lo que existe es una instrucción de cómo la enfermera debe prestar sus servicios al interior de la del domicilio del usuario, ¿por qué?, pues porque las competencias de la del personal de enfermería no dan para que pueda cambiar el tipo de orden que fuere dictaminado por parte de un médico tratante, no, se da una instrucción inicial que es ejecutada indefinidamente en el tiempo hasta que haya un nuevo cambio en la en la fórmula de atención que haya dictado el médico tratante, no se observa en ningún lado en el presente proceso que se haya acreditado el cambio de plan de manejo constante para poder decir que existe órdenes constantes respecto de la forma en que tiene que ejecutar el trabajo la aquí demandante, no existe y no está acreditado y eso pues simplemente también fue acreditado por parte de nosotros en momento el interrogatorio que nunca se variaron las órdenes a la enfermera, inclusive si existe un cambio en el en el concepto del médico tratante, las actividades que desempeñan la enfermera no cambian, no cambian por el hecho de que sean 3, 4, 5, 6, 8, 9 o 10 horas, no cambia, razón por la cual consideran nuevamente este esta defensa que el concepto de coordinación de actividades ha sido vislumbrado o ha sido ha sido interpretado por parte de este Juzgado de forma errónea, deja entonces en claro el juzgado que a ella no le estaba permitido ausentarse de su actividad de ejecución de actividades, lo cual es sumamente lógico, traigo a colación nuevamente el ejemplo de en este momento mi actividad como abogado, yo estoy contratado por PROSEGUIR con un contrato de prestación de servicios y no puedo abandonar la presente audiencia, so pena de incumplimiento no de las órdenes que me haya dado PROSEGUIR sino de mi profesionalismo, como profesional autónomo de este tipo de contratos en el en los cuales si bien es cierto yo puedo asistir o no a la audiencia, yo estoy contratado para poder asistir a esta audiencia, entonces el elemento de poder estar ausente sí o no, no es un elemento subordinador por parte del empleador, es simplemente el cumplimiento de una serie de actividades programadas en un contrato, una serie de actividades coordinadas entre las partes, por lo cual no se comparte el criterio del Juzgado de que no se podía ausentar y que eso deviene en una orden, en ningún momento se acreditó ese tipo de órdenes, tal cual como fue acreditado por la doctora Jennifer Canchila, quien estaba presente para el momento de los hechos en que fue ejecutado el contrato de prestación de servicios, indica entonces la demandante y se advierte en serias falencias en la declaración de la demandante, donde en principio cuando fue interrogada por el suscrito, simplemente se limita a acreditar que ella nunca faltó, en el devenir de las otras cuestionamientos que fueron practicados por los otros abogados, inclusive por el mismo Despacho, se evidencia que sí faltó varias veces y que obviamente no es posible que en el momento en que vaya a faltar, pues la contratista pueda decir a quién manda o a quien no, ¿Por qué?, Porque no sabemos cuáles son las calidades de la persona que evidentemente pueda reemplazar las mismas actividades que estaba desempeñando la aquí demandante y esa es la razón por la cual se requiere una aprobación de PROSEGUIR, imagínense y esto no cabe en ningún tipo de lógica o de sana crítica que a juicio de la prestadora de servicios se puede enviar a cualquier persona, si bajo ese criterio se aceptará que se pueden desenvolver los contratos de prestación de servicios, pudiera entonces la enfermera mandar directamente, no sé, a un vendedor informal o a un chofer de bus, alguien que no tenga las características especiales de enfermería, ¿cómo se comprueba que una persona es



idónea para poder cubrir el turno de la del aquí demandante?, cuando se verifican las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que podría prestarse servicio por parte solamente de la enfermería, resultaría totalmente ilógico y totalmente irresponsable que PROSEGUIR no revisara quién podría ser la persona que fuera a cubrir o que fuera entonces a practicar el turno o que fuera entonces a llevar a cabo las actividades en el turno que no pudiera asistir la aquí demandante. El pacto del horario, fue totalmente reiterativo por parte del Despacho para poder decir que era el medio para poder dar órdenes a la demandante, ello va en contravía de lo que ha sido plasmado tanto en el interrogatorio de parte de surtido por la doctora Jennifer, a sí mismo como el interrogatorio de parte que le practiqué yo a la aquí demandante, ¿por qué?, porque es que en ningún momento se deja en claro cuál es el elemento subordinador, volvamos entonces a cuál es el asunto, cuál es la forma en cómo se puede practicar una prestación de servicio en el domicilio de un paciente y no existe otra forma, salvo coordinarlo verbalmente entre las partes previo a la prestación del servicio, no existe otra forma, por lo cual el pacto de un horario jamás va a llevar consigo la relación de subordinación que en este momento pretende poner de presente el Despacho y la parte demandante, simplemente no se encuentra acreditado, simplemente fue desvirtuado por parte de nosotros en el momento de absolver el interrogatorio y cuando la doctora Jennifer dijo que obviamente se esperaba la aceptación por parte de la contratista. ¿Por qué?, porque si la contratista no acepta se procede entonces a buscar otra contratista con las mismas características de la base de datos que tiene PROSEGUIR, esa es la razón fundamental por la cual la defensa no comparte la apreciación del Juzgado en el sentido de indicar que la coordinación de un horario, tal cual como lo estableció la jurisprudencia previamente indicada y la jurisprudencia que acabo de leer, sea un elemento constitutivo de órdenes y de subordinación, no se comparte esa posición del juzgado. Nuevamente traigo de presente y como último punto esbozado para poder interponer y enunciar someramente los argumentos que voy a proceder a expandir en el momento en que yo sustenté el presente recurso de apelación, es la confusión del juzgado, a mi juicio, entre la coordinación de actividades y el pacto de horario, el Juzgado en algún momento confunde que yo coordiné un horario como elemento subordinación y no, las actividades son las que se de coordinan y el horario se pacta y las actividades casi que plenamente están asumidas por la parte demandante, porque ellos fueron a escuelas de enfermería para poder graduarse, uno como auxiliar de enfermería necesita tener entonces estudios que acrediten el manejo que se le podría dar a una persona en el estado en que se encuentran los usuarios que sean destinatarios de los servicios de PROSEGUIR, por lo cual no existen órdenes encaminadas a mirar la forma en cómo se cumplían las actividades, que ya de antaño sabía cómo ejecutar la aquí demandante, razón por la cual no compartimos que simplemente el hecho de darle una instrucción a una persona sea el elemento subordinador que este Juzgado pone de presente, se deja totalmente en Claro que inclusive el carnet que le fuera entregado a personal para poder ingresar a los domicilios de los usuarios es simplemente por cuestiones de seguridad, no es un carnet que acredite que esta persona pertenece a PROSEGUIR, es simplemente acredita que la persona presta el servicio por cuenta del pacto que fuere hecho con PROSEGUIR, no porque sea un empleado, entonces simplemente la identificación de una persona como perteneciente a una institución a título de contratista tampoco puede ser un indicio entonces, como este Juzgado lo pretende hacer ver, de elemento constitutivo de la relación de trabajo. En los anteriores términos procedió a interponer mi recurso de apelación, argumentos que serán posteriormente ampliados en el momento procesal oportuno.”.

6. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia solo la demandante y la EPS Famisanar, presentaron alegaciones, así:



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

6.1. Demandante. Insiste en el reclamo de la solidaridad de la E.P.S. Famisanar, por cuanto la relación laboral entre la demandante y la IPS demandada lo fue para ejecutar la relación comercial que Proseguir celebró con la EPS accionada, lo que conllevó a que la labor de enfermería fuera a favor de afiliados de Famisanar, hecho que permite aplicar el artículo 34 CST, norma cuya finalidad es evitar el uso de contratista para desarrollar actividades que en principio deberían ser adelantadas por los trabajadores del contratista, ya que se cumplen todos los requisitos que la jurisprudencia exige para configurar la solidaridad, a saber, que la labor de la trabajadora no es ajena al propósito social de la beneficiaria, la cual se benefició con la atención de sus afiliados, sin que la atención esporádica de afiliados de otras EPS desdibuje la solidaridad, la cual se debe declarar de forma proporcional. De otra parte, solicitó aplicar la sentencia C-781 de 2003 y los pronunciamientos del Tribunal Superior de Bogotá D.C., para efectos de calcular la indemnización moratoria considerando un día de salario por cada día de mora, sin limitar tal ejercicio a los primeros 24 meses y en su lugar extendiéndolo hasta la fecha de pago efectivo.

6.2. E.P.S. Famisanar S.A.S. solicitó confirmar el fallo de primera instancia. Alegó que el servicio de la demandante no fue exclusivamente a favor de sus afiliados, por cuanto atendió pacientes de otras EPS, de otra parte, se probó que no existió ningún vínculo jurídico entre Famisanar y la trabajadora de Proseguir, IPS cuyo objeto social difiere del giro ordinario de los negocios de la EPS demandada.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A CPTSS, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿erró la jueza a quo al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Proseguir, al considerar que esta última no desvirtuó la presunción del artículo 24 CST?; en caso de confirmarse la existencia del contrato de trabajo, la Sala deberá definir si **2)** ¿resultó desacertado que la jueza a quo no declarara la responsabilidad solidaria de la EPS, como beneficiaria del servicio, en el pago de las condenas impuestas al empleador?.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que se **confirmará** la sentencia apelada.

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 48, 49 Constitución Política de Colombia de 1991; Recomendación 198 OIT; Arts. 22, 23, 24, 34 CST; Arts. 66A, 145 CPTSS; Art. 166 CGP; Arts. 152, 156, 157, 159, 162, 177, 178, 179, 181, 183,



185 Ley 100 de 1993; Art. 1º Ley 1122 de 2007; CSJ SL Rad 35.864 del 1º de marzo de 2011, CSJ SL2879-2019, CSJ SL4479-2020, CSJ SL5042-2020, CSJ SL1439-2021, CSJ SL3345-2021, CSJ SL3695-2021, CSJ SL3774-2021, CSJ SL4322-2021, CSJ SL3435-2022, CSJ SL3777-2022, CSJ SL672-2023, CSJ SL1453-2023.

10.- Cuestión preliminar: Previo a dar solución a los problemas jurídicos planteados, de cara a los recursos de apelación formulados por las partes, el Tribunal advierte que no se pronunciará sobre la petición del apoderado de la demandante de modificar los parámetros en que se impuso la condena a la indemnización moratoria del artículo 65 CST, por tratarse de un tema nuevo que no fue oportunamente propuesto y sustentado en su recurso de apelación, lo que implica que estuvo de acuerdo con lo decidido, toda vez que la oportunidad para alegar en segunda instancia tiene como objeto reforzar o solidificar la sustentación en cuanto a los temas apelados, pero no para extenderlo a aspectos que no fueron objeto de reproche, de tal suerte que ante su no formulación oportuna al momento de la alzada, esta Sala no cuenta con competencia para referirse a ello, conforme al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

Consideraciones

Elucidado lo anterior, la Sala aborda el estudio de los problemas jurídicos planteados, así

¿erró la jueza a quo al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y Proseguir, al considerar que esta última no desvirtuó la presunción del artículo 24 CST?

El Código Sustantivo del trabajo, en sus artículos 22 y 23 determina los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber, la actividad personal, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio, mientras en su artículo 24, reformado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1990, establece que *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

La jurisprudencia ordinaria laboral enseña que, para que se active la precitada presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la parte demandante le basta con acreditar que prestó servicios personales para otra persona natural o jurídica y



una vez demostrado este elemento, corresponde al demandado desvirtuar tal situación mediante la prueba de los hechos contrarios, acreditando que ese servicio no se prestó bajo subordinación y dependencia sino de manera autónoma e independiente o que lo fue en beneficio de otra persona (CSJ SL2879-2019, CSJ SL3435-2022, CSJ SL672-2023).

El verbo presumir significa tener por demostrado un hecho hasta que no se acredite lo contrario, tal y como se desprende de la lectura del artículo 166 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS. Por su parte, el vocablo desvirtuar implica acreditar los hechos contrarios a los que sirvieron de base a la presunción aplicada.

Descendiendo al caso concreto, no hubo discusión de que la demandante prestó su servicio personal como enfermera a favor de Proseguir, entre el 10 de octubre de 2014 al 23 de julio de 2015, circunstancias que fueron excluidas del litigio porque fueron aceptadas expresamente por la IPS demandada, quien inclusive reconoció ser la responsable de la logística requerida para que la atención de pacientes a domicilio por la actora (pp. 95-97 archivo “13ExpedienteParte13”).

En consecuencia, aceptada la prestación personal del servicio de la actora a favor de Proseguir, se activó la presunción legal de existencia del contrato de trabajo consagrada en el artículo 24 CST, lo que conlleva que sea la IPS demandada y no las otras partes del litigio la llamada a desvirtuar la misma.

El apoderado de Proseguir argumenta en su recurso de apelación que los medios de prueba desvirtúan la precitada presunción, al demostrar que no hubo subordinación en la actividad de la demandante, lo que conlleva a que sea necesario precisar tal concepto para establecer si le asiste o no razón al recurrente.

La Corte Suprema de Justicia considera que la subordinación propia de las relaciones laborales es aquella que permite al empleador *“reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales (...) a diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado –entrega de un bien o un servicio– y, por tanto, se procuran figar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual. De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del*



trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda.” (CSJ SL1439-2021).

No son pocos los casos en los que no es tarea fácil distinguir si se configuró la subordinación en el comportamiento de quien alega ser trabajador, por lo cual el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha usado los *indicios de determinación de relación de trabajo subordinada* recogidos en la Recomendación 198 de la OIT para resolver aquellos casos difíciles, en donde es necesario acudir más allá de los parámetros descritos en el artículo 23 CST, a saber, el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos (CSJ SL4479-2020, CSJ SL5042-2020, CSJ1439-2021, CSJ SL3345-2021, CSJ SL3695-2021, CSJ SL3777-2022), siendo indicios acogidos por la OIT para definir que una relación es subordinada los siguientes:

- a) Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona.
- b) La exclusividad del servicio.
- c) La disponibilidad del trabajador.
- d) La concesión de vacaciones.
- e) La aplicación de sanciones disciplinarias.
- f) Cierta continuidad en el trabajo.
- g) Cumplimiento de una jornada u horario de trabajo.
- h) Realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio.
- i) Suministro de herramientas y materiales.
- j) Que exista un solo beneficiario de los servicios.
- k) Desempeño de un cargo reconocido y útil para la estructura empresarial del beneficiario del servicio.
- l) Posibilidad o facilidad para la terminación libre del contrato por parte del beneficio del servicio.
- m) Integración de quien presta el servicio en la organización de la empresa y la posibilidad del beneficiario del servicio para organizar, de manera autónoma, sus procesos productivos e insertar al trabajador en ellos, pudiendo dirigir y controlar su labor para el logro de sus fines empresariales, sin la injerencia relevante de quien labora, quien carece de un negocio propio, de una organización empresarial con estructura propia que englobe los medios de producción, especialización en la actividad y recursos necesarios para culminar la actividad contratada.



Procede la Sala a resolver la apelación de Proseguir, para lo cual analizará si dicha parte logró demostrar que no se configuran los indicios recogidos en la recomendación 198 de la OIT respecto la actividad personal de la demandante, aclarando desde ya que no se acoge la tesis de dicha demandada de que el interrogatorio de su representante desvirtuó la subordinación, por cuanto es un principio universal del derecho que nadie puede fabricar su propia prueba, por lo que no basta el dicho de la propia IPS para dar por demostrados los hechos que alega a su favor.

Pasa entonces esta Corporación a analizar los medios de prueba arrimados por Proseguir al juicio, que se concretaron a unas pruebas documentales y el interrogatorio de la demandante.

En cuanto las documentales, se observa que Proseguir allegó copia del contrato de prestación de servicios suscrito con la demandante y de la oferta de servicio que ésta presentó a la IPS (pp. 129-134 archivo “13ExpedienteParte13”), documentos frente los cuales indicó la actora indicó en su interrogatorio *“en el expediente aparece y se lo puso de presente el abogado de Proseguir un documento de una oferta de servicios y un contrato de prestación de servicios, la pregunta que le quiero hacer es ¿si usted fue sometida a algún tipo de fuerza, algún tipo de coacción o a algún tipo de violencia para firmar esos documentos?, no señor”*.

Analizado el contenido de dichas documentales, se establece que el 10 de octubre de 2014 la actora presentó una oferta a Proseguir para prestar servicios como auxiliar de enfermería, en su calidad de persona natural y profesional independiente, en los turnos y horarios que acordaran las partes, según su disponibilidad de tiempo, señalando la accionante que prestaría tal servicio con elementos de su propiedad y que en caso que la entidad le asignara equipos médicos haría uso responsable y adecuado de los mismos y velaría por su mantenimiento.

Ese mismo día y sin solución de continuidad, la IPS y la demandante, suscribieron un contrato de prestación de servicios, para la prestación de servicios profesionales de enfermería a domicilio en las instalaciones del contratante o *“en el lugar que se le indique”*, señalando el parágrafo de la cláusula primera del convenio que *“El cumplimiento del objeto previsto en la presente cláusula está sujeto a que, por una parte, EL CONTRATISTA profesional independiente tenga disponibilidad de tiempo al momento en que EL CONTRATANTE, en su calidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud requiera personal adicional por la suscripción de contratos interinstitucionales de salud firmados con EPS, entes territoriales, otras instituciones o entidades del sector de la seguridad social en salud, que incrementen ocasionalmente el volumen de pacientes”*.



Por último, Proseguir allegó copia de los documentos equivalentes a facturas que acreditan el pago de honorarios a la demandante, cuyo monto varió, según la cantidad de servicios reportados en el formato de control de turnos y/o terapias, así como los pagos de aportes que hizo la actora como trabajadora independiente.

Las precitadas instrumentales carecen de la fuerza probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, por cuanto más allá de describir las características formales del vínculo entre la IPS y la demandante, nada indican de la forma y devenir cómo se desarrolló el servicio personal de la demandante, circunstancia frente la cual el apoderado de Proseguir no allegó ninguna prueba en específico sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar de la actividad.

En efecto, a pesar que el apoderado de Proseguir señaló reiteradamente en su apelación, que la IPS se limitó a la *coordinación técnica* de las actividades son su contratista, porque esa era la única forma para establecer el personal disponible para enviar al domicilio de los pacientes, lo cual aclaró la representante legal de dicha IPS al señalar en su interrogatorio que *“la EPS nos envía la base de datos de los pacientes a los que debemos prestarle el servicio y los coordinadores del plan de domiciliario, en la base de datos de los contratos que hemos efectuado con los diferentes PROFESIONALES, nos acercamos, hacemos un contacto vía telefónico (Sic) y de acuerdo con la disponibilidad de los profesionales de enfermería o de acuerdo con el servicio que se quiera ofertar, se solicita si es posible que ellos hagan el seguimiento del paciente asignado en la base de datos, estas personas, los contratistas, de acuerdo a su disponibilidad de tiempo y de acuerdo a la geolocalización del paciente, deciden si aceptan o no prestar el servicio del paciente, si no les queda cómodo, si no se adaptan a sus necesidades de tiempo o a sus necesidades geográficas, pues el paciente se asigna a otra persona que esté en la base de datos, una vez el paciente es aceptado por el contratista, se le entrega la papelería en que tiene que desarrollar sus notas y se le entrega toda la parte de elementos de bioseguridad con que debe prestar el servicio, se le da la información y es el contratista quien genera el contacto con el familiar o el paciente para coordinar los temas de horario o de acuerdo a la asignación de turnos para presentarse al domicilio, esa es una actividad que desarrolla directamente el contratista y de esa manera inicia la prestación de sus actividades ”*, tales afirmaciones carecen de respaldo probatorio.

Sea lo primero señalar que resulta llamativa la falta de prueba de la presunta lista de auxiliares de enfermería a disposición de la IPS, la cual supuestamente permitía asignar los pacientes según su *geolocalización*, documento que no se aportó pese estar en manos de Proseguir.

De otra parte, el apoderado de la demandada cuestionó la presunta contradicción en el dicho de la demandante, alegando que ésta manifestó que solo faltó a un turno por



enfermedad, pero luego dijo que pedía permiso dos veces al mes, no obstante, contrario a lo pretendido por Proseguir, dicha afirmación no se puede interpretar en beneficio de la IPS porque la actora, al ser cuestionada sobre esos permisos, aclaró *“si usted tenía que pedir algún tipo de permiso para ausentarse de un turno o algo así ¿a quién le pedía permiso? A la jefe de nosotros con 3 o 4 días de antelación teníamos que pedir los permisos, ¿cómo pedía esos permisos? Cuando nosotros íbamos a entregar notas de enfermería, en ese momento teníamos que pedir el permiso o si ya era algo eventual, que teníamos que pedirlo con antelación, incluyendo que a veces no nos daban el permiso”*, dicho que no puede ser dejado de lado en la valoración de la presunta contradicción y que muy a pesar que la IPS indica que dicha institución podía negar los permisos y que el contratista no estaba facultado para ajustar las condiciones de tiempo y lugar de su servicio.

En cuanto las condiciones del servicio, el apoderado de Proseguir aseguró que hechos como que dicha IPS entregara un carnet a la demandante, le diera instrucciones sobre el diligenciamiento de la historia clínica y los estándares en la prestación del servicio de salud, le requiriera informes y le entregara elementos como gasas y guantes no eran más que coordinaciones entre las partes para asegurar las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, sin embargo, el estudio de tales circunstancias a la luz de los indicios acogidos en la Recomendación 198 de la OIT, no hace más que confirmar el elemento subordinante que debía desvirtuar la IPS.

En efecto, los hechos antes narrados constituyen un evidente direccionamiento de Proseguir en el modo y condiciones como se prestaba el servicio de enfermería, siendo la IPS quien asignaba los pacientes, sin que la pasiva acreditara que la demandante tenía voz y voto en tal actividad, además, la actora estaban condicionada a diligenciar la historia clínica y reportar sus actividades en los formatos dispuestos por la contratante, lo que evidencia que no era autónoma en como reportar las circunstancias y novedades de su servicio, además, fue proseguir quien suministró las herramientas y materiales para cumplir la actividad, al punto que la IPS reconoció como cierto el hecho 10 de la demanda aceptando que era responsable de la logística requerida por la enfermera para el desarrollo de su labor.

De otro lado, no se acreditó la libertad y autonomía en el servicio de la demandante, quien si bien atendió esporádicamente pacientes de otras EPS, tal circunstancia lo fue con ocasión de la asignación de paciente que le hizo Proseguir, además, las notas de enfermería allegadas con la demanda dejan entrever la exclusividad en la labor de la actora, quien ejerció exclusivamente a favor de la IPS demandada durante el extremo



temporal alegado en el libelo introductorio y, contrario a lo que es de esperar de una relación de comercial o civil de prestación de servicios, las pruebas aportadas por Proseguir no permiten apreciar que la promotora del litigio fuera poseedora de una estructura propia de negocio y, por el contrario, evidencian que aquella se encontraba inmersa en la organización empresarial de la IPS, quien era la que asignaba pacientes, definía los formatos de trabajo y suministraba elementos y herramientas de trabajo y definía el sitio y logística de la labor, sirviéndose de la actividad personal de la demandante para cumplir los convenios celebrados con EPS, en un claro ejercicio y control de la conducta de la actora en procura de la consecución de sus fines empresariales.

En consecuencia, a pesar de la elocuencia del recurso de apelación de Proseguir, no encuentra esta Sala que dicha parte hubiera aportado elementos de juicio suficientes para desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, lo que conlleva a confirmar la decisión de primera instancia en lo que respecta a la declaratoria del contrato realidad entre la demandante y dicha IPS.

¿resultó desacertado que la jueza a quo no declarara la responsabilidad solidaria de la EPS, como beneficiaria del servicio, en el pago de las condenas impuestas al empleador?

Resuelto el recurso de apelación de Proseguir y como quiera que se mantendrá la declaratoria del contrato realidad, pasa la Sala a resolver el recurso de apelación de la demandante.

Dice el apoderado de la actora que los principios de proporcionalidad e “*interpretación de los asuntos de orden laboral a favor del trabajador*”, permiten declarar a Famisanar solidariamente responsable del pago de las condenas, con el porcentaje en que la demandante prestó servicios a los afiliados de esa EPS.

El artículo 34 CST consagra que el contratista independiente es la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y su realización con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. A su vez, dicha norma establece que si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será entonces solidariamente responsable de los salarios, prestaciones e



indemnizaciones de los trabajadores del contratista, salvo que la actividad de aquellos trabajadores *“se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio”*.

Para la Corte Suprema de Justicia, este tipo de responsabilidad solidaria busca que *“la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores”*. Y agregó: *“(…) si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales”* (CSJ SL Rad 35.864 del 1º de marzo de 2011).

Ha advertido nuestra máxima corporación de cierre, que la precitada solidaridad no surge por el mero hecho de que el contratista supla una necesidad del beneficiario, ya que debe acreditarse que ese servicio se corresponde a las actividades propias del contratante, al estar vinculado directamente con la actividad económica y giro ordinario de la empresa o negocios de este último, siendo necesario valorar la labor concreta del trabajador para determinar si resulta ser una actividad ajena o extraña a las del beneficiario o dueño de la obra, porque de ser así no se configura la solidaridad (CSJ SL3774-2021, CSJ SL4322-2021, CSJ SL1453-2023).

Como la precitada solidaridad solo se desvirtúa si la labor del trabajador del contratista es extraña a las actividades propias del contratante, la Corporación ha señalado que se configura aún, si tal labor no coincide totalmente con los negocios del contratante, siempre y cuando se pueda catalogar como conexas, complementaria o afín, siendo imprescindible para la consecución de los fines y propósitos perseguidos por el contratante (CSJ SL14692-2017, CSJ SL1453-2023). Sobre este particular, resulta relevante lo dicho en la sentencia del 25 de mayo de 1968 ID 286.743, en cuanto la Corte señaló: *“Nuestro Código Sustantivo del Trabajo se muestra más comprensivo todavía, porque el referirse a labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio>, para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario”*.



Atendiendo los presupuestos normativos y jurisprudenciales citados, conforme la normatividad del Sistema General de Seguridad Social en salud SGSSS, la actividad y función de las EPS e IPS no es equiparable.

En efecto, los artículos 48 y 49 constitucionales, consagran la obligación de la Nación de garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud; para materializar tal propósito el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 adoptó el SGSSS, entendido como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo.

La precitada Ley, en su artículo 157, creó el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado de Salud y consagró el derecho de los afiliados de ambos regímenes a los beneficios establecidos en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, el denominado Plan Obligatorio de Salud POS (hoy Plan de Beneficios en Salud PBS), de conformidad con el literal c) del artículo 156; numeral 1º artículo 159 y el artículo 162 ibídem. Así mismo, la norma dispuso la creación de las Entidades Promotoras de Salud EPS y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, siendo responsables las primeras de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y de garantizar la prestación del PBS a través de la red de IPS contratada para atender su población afiliada, últimas que se encargan de brindar la atención en salud como tal (artículos 177, 178, 179, 181, 183, 185 ib.).

Así las cosas, el objeto y actividad misional de las IPS es la prestación de los servicios y tecnologías en salud a la población afiliada de las EPS, lo que difiere del rol asegurador de estas últimas frente a sus afiliados de garantizar el acceso al plan de beneficios en salud, diferenciación que se hace patente en el artículo 1º de la Ley 1122 de 2007, el cual define *“la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicio de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores (...) lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los planes obligatorio de salud. Las Entidades Promotoras de Salud de cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.”*.

A pesar de la diferenciación entre las actividades de las EPS e IPS, la Sala no puede pasar por alto que, conforme las reglas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia antes citadas, la solidaridad del beneficiario de la obra, solo se excluye cuando la actividad del trabajador del contratista sea extraña al giro ordinario de los negocios



del contratante, por lo cual es posible declarar la misma, si tal actividad resulta conexas, complementaria o afín, siendo imprescindible para la consecución de los fines y propósitos perseguidos por el contratante, tal y como sucede en el caso bajo estudio.

En efecto, en este caso no queda a duda que la labor de la trabajadora al servicio de Proseguir IPS no era otra que la de auxiliar de enfermería, actividad que desempeñó a favor de múltiples afiliados de Famisanar EPS, en desarrollo del convenio comercial suscrito entre la IPS empleadora y la EPS demandada, para cubrir los servicios de salud a domicilio requeridos por la población afiliada a ésta última (pp. 72-99 archivo “11ExpedienteParte11”, pp. 1-35 archivo “12ExpedienteParte12”, pp. 129-134 archivo “13ExpedienteParte13”).

Entonces la labor de la trabajadora de la IPS conllevó a feliz término el objeto contractual convenido entre la IPS empleadora y la EPS, por el cual esta última logró garantizar la cobertura de los servicios contemplados en el PBS a su población afiliada que requería de enfermería domiciliaria, por ende, si bien no se puede indicar que el giro ordinario de los negocios de la IPS y la EPS era equivalente, ello no implica el desconocimiento de que la actividad de la trabajadora del contratista era conexas, complementaria o afín para el logro de los objetivos propios del negocio del contratante, por cuanto no es posible lograr la misionalidad de la EPS de asegurar el riesgo en salud sin el concurso de las IPS que materializa la prestación del servicio en salud.

Conforme con lo expuesto en precedencia, habría lugar a declarar la responsabilidad solidaria del artículo 34 del CST, de la EPS Famisanar, al haberse declarado el contrato de trabajo con la IPS, sin embargo en este caso en particular no puede accederse a la misma, dado que la demandante desde su demanda pidió esa condena exclusivamente en contra de la mentada EPS y solo hasta el recurso de apelación, ante la evidencia que la actora prestó también esos servicios de enfermería a otras EPS, en concreto, a Capital Salud ERPS y a AFESALUD, como quedó acreditado documentalmente, es que solicita que esa condena se haga de manera proporcional o a prorrata, lo que no fue planteado, ni debatido en el proceso

Por lo tanto, si bien es cierto, es dable interpretar la demanda e incluso el Tribunal puede fallar *infra petita*, ello no conlleva que se faculte para cambiar la pretensión de la accionante, como en últimas lo propone el apelante, ya que si era de su interés la condena en esos términos, a prorrata, estableciendo la proporcionalidad a cargo de



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

la EPS aquí accionada, debió convocarlas al juicio, para dejar definida la mentada responsabilidad solidaria entre ellas, a raíz de la declaratoria de la declaratoria del contrato de trabajo con la IPS Proseguir, lo que no ocurrió, recuérdese que esa prestación del servicio para tales EPS quedó documentada (pp. 169 archivo “07ExpedienteParte7”, pp. 11 archivo “08ExpedienteParte8”).

Elucidado lo anterior, dado que se beneficiaron de la labor de enfermería de la accionante varias personas jurídicas, no se abre paso la apelación para declarar tal responsabilidad solidaria de Famisanar EPS de forma proporcional, realizándose el prorratio de la prestación del servicio, por cuanto ello implicaría, como se dijo, modificar la pretensión de la demanda, de tal suerte que por lo considerado se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Costas. Ante la improsperidad de ambos recursos, no se impondrán costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia apelada, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

Tercero: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

(Ausencia justificada)

JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado