REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL RAD PROCESO ORDINARIO LABORAL 22 2021 00573 01 DE ABRAHAM ANTONIO GUERRA OLEA CONTRA AFP PORVENIR.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en el proveído del 31 de julio de los corrientes, en la que se confirmó la decisión de negar el llamamiento en garantía pretendido por la AFP demandada. En el sub examine se advierte de la parte motiva, que La Sala se ocupó de prejuzgar la prosperidad del llamamiento en garantía *(actuación que corresponde ser definida en la sentencia y no antes),* cuando lo procedente en ésta etapa procesal era verificar sí se cumple con las exigencias que prevé el artículo 64 y siguientes del C.G.P. En consecuencia, lo que se debió hacer era constatar la existencia de la relación legal o contractual ente la AFP PORVENIR y COLPENSIONES para exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir la demandada con una posible condena, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer dado el caso, pero no definir de fondo desde ya el asunto.

En los anteriores términos dejo consignado el salvamento de mi voto.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO EJECUTIVO LABORAL DE AFP PROTECCIÓN SA CONTRA ASJUVIN LTDA – EN LIQUIDACIÓN. RAD 05 2021 00297 01.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en el proveído del 31 de julio de los corrientes, en la que se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso ejecutivo para el cobro por aportes al sistema de seguridad social en pensiones, donde se dispuso la remisión del expediente a la Superintendencia de Sociedades por competencia. Al verificarse el Registro Único Empresarial y Social – RUES que obra en el expediente *(documento 05CertificadoExistenciaRepresentacion.pdf)* allí se certifica que;

> "**ESTA SOCIEDAD NO HA CUMPLIDO CON LA OBLIGACIÓN LEGAL DE RENOVAR SU MATRICULA** MERCANTIL. POR TAL RAZÓN **LOS DATOS CORRESPONDEN A LA ULTIMA INFORMACIÓN** SUMINISTRADA POR EL COMERCIANTE EN EL FORMULARIO DE MATRICULA Y/O RENOVACIÓN **DEL AÑO: 1997** FORMULARIO DE MATRICULA Y/O RENOVACIÓN DESDE EL: 1998 HASTA EL: 2011."

En cuanto al estado de disolución y liquidación, dispone;

> "**LA SOCIEDAD SE HALLA DISUELTA** EN VIRTUD DEL ARTICULO 50 PARÁGRAFO PRIMERO DE LA LEY 1429 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2010, INSCRITA EN ESTA ENTIDAD EL 30 DE DICIEMBRE DE 2011, BAJO EL NUMERO 01582251 DEL LIBRO IX, Y EN CONSECUENCIA **SE ENCUENTRA DISUELTA Y EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN**".

Norma que señala;

> *"Las sociedades **cuya última renovación se efectuó diez (10) años antes a la vigencia de la presente ley**, no incursas en proceso de liquidación, tendrán un plazo de doce (12) meses para que cumplan con la mencionada obligación, vencido este término, de no hacerlo, **quedarán disueltas y en estado de liquidación** y cualquier persona que demuestre un interés legítimo **podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades que designe un liquidador en los términos previstos en esta ley.** Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de terceros debidamente inscritos en el respectivo Registro Mercantil."*

Así, se colige de la ponencia emitida que, i) en éste momento no se tiene certeza si la empresa a ejecutar está en proceso de reorganización, liquidación o insolvencia, o si ya dejó de existir y ii) tampoco se sabe si la Superintendencia de Sociedades fue la que adelantó el proceso liquidatario de ASJUVIN LTDA - EN LIQUIDACIÓN, pues conforme el numeral 6 del art. 218[1] del Código de Comercio, las sociedades también pueden ser liquidadas por su junta de socios o la asamblea de accionistas, por lo que ante tal posibilidad legal, no se puede entrar a afirmar *(sin pruebas)* que la entidad a la que se remitió este proceso ejecutivo fue quien fungió como el juez del concurso, como si ésta fuese la única opción que tienen las empresas para su liquidación.

En los anteriores términos dejo consignado el salvamento de mi voto.

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

[1] **ARTÍCULO 218. <CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD>. La sociedad comercial se disolverá:**

1) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;

2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;

3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;

4) <Ver Nota de Vigencia> Por la declaración de quiebra de la sociedad;

5) Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;

6) Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;

7) Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y

8) Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este Código.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA MILENA RIOMAÑA AYA CONTRA SALUD TOTAL EPS SA y GOLD RH SAS. RAD 07 2019 00697 01.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en la sentencia que definió el asunto. Mi salvamento se relaciona con la condena solidaria entre las demandas SALUD TOTAL EPS SA y GOLD RH SAS, junto con la indemnización moratoria.

De la condena solidaria

Para definir la procedencia de la solidaridad deprecada es de tener claro que; ii) los servicios contratados por GOLD RH SAS con RIOMAÑA AYA, según contrato de trabajo a término indefinido *(fls 248 a 255 del primer pdf)* lo fueron para que la demandante se desempeñara como asesor novato en virtud del contrato de mandato celebrado entre GOLD RH SAS y SALUD TOTAL EPS SA, en el que se encomendó la promoción y afiliación de beneficiarios efectivos de los planes y programas de la EPS, y que ii) en el asunto no fue objeto de controversia que entre la demandante y GOLD RH SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de enero de 2014 y el 03 de abril de 2019, por lo que al verificarse la posible tercerización laboral por parte de la EPS, se debió tener en cuenta su legitimidad en material laboral, y para ello se acude a lo enseñado en la sentencia SL 4479 de 2020, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se dijo;

> *"Desde un punto de vista amplio, **la tercerización laboral**, outsourcing o externalización, **es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo**. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.*
>
> *En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial*

de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible."

Así las cosas, conforme las circunstancias normativas y fácticas, como en el asunto no fue objeto de discusión el contrato de trabajo que existió entre la actora y GOLD RH SAS, no era dable declarar un nuevo vínculo con la EPS ni mucho menos atribuir una responsabilidad solidaria entre las demandadas, ya que si bien la EPS era la titular de las afiliaciones que comercializaba la demandante y por tanto la beneficiaria de los servicios prestados por la actora, lo cierto es que la actividad principal de la EPS es organizar y garantizar la prestación del POS a los afiliados del régimen contributivo y subsidiado, sin que la comercialización y promoción de afiliaciones haga parte del giro ordinario de sus actividades. Por tanto, como la función de la demandante fue meramente comercial, encomendada por la EPS a un tercero, tal escenario no resultaba suficiente para dar por sentados los presupuestos que prevén los artículos 34 y 35 del C.S.T.

De la indemnización moratoria.

Como es bien sabido la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., incorpora como penalidad el pago de un salario diario por cada día de retardo, si a la terminación del contrato de trabajo el empleador omite el pago de salarios y prestaciones, supuestos de hecho que admiten **valoraciones respecto del comportamiento del empleador** en el desarrollo del contrato de trabajo, para establecer si actuó de buena fe. Así ha adoctrinado la jurisprudencia en cuanto a que tales indemnizaciones no operan de manera automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento. Entre otras se puede consultar la 26.757 del 1º de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas[1].

[1] "*En el cargo se acusa al tribunal de haber interpretado de manera errónea el artículo 65 del CST, al no haber condenado al pago de la indemnización moratoria. Cuando el Tribunal manifestó "Ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a la aplicación de la indemnización moratoria, señalándose que la misma no es de aplicación inmediata sino que ella depende de la buena o mala fe con la que actuó el empleador durante o a la finalización de la relación laboral", realizó una interpretación adecuada del artículo en cuestión. Al respecto, es pertinente anotar que el juez ad quem, para confirmar la absolución por la pretensión de la indemnización moratoria no le hizo producir efectos al artículo 65 del CST, que consagra la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por considerar que en el sub examine se daba la acreditación de buena fe del empleador en la falta en que incurrió por no proceder al pago oportuno de las acreencias laborales. En efecto se ha dicho que la sanción conocida como "salarios caídos", no opera*

Esta indemnización fue ordenada por el juez al concluir que en el asunto se disfrazó una relación de trabajo entre la demandante y la EPS, la que fue confirmada por la mayoría de La Sala al prosperar la reliquidación salarial por los conceptos de *medios de transporte* y *auxilio no salarial para el reconocimiento de equipos productivos,* no obstante, al resultar válida la intermediación de la actividad desplegada por la demandante, esto es, la comercialización de los productos de la EPS como ya se explicó, y en observancia del comportamiento de GOLD RH SAS durante toda la relación laboral, es evidente que la conducta desplegada respeto los derechos laborales de la trabajadora estuvo en consonancia con el convencimiento de haber pagado los emolumentos del caso conforme su lectura de los artículos 127 y 128 del CST, pues los pagos realizados los hizo bajo el convencimiento de que la finalidad de las comisiones no correspondía a una contraprestación directa o indirecta del servicio, lo que no permite colegir un actuar fraudulento por parte de GOLD RH SAS para sustraerse de sus obligaciones, en ese orden, el actuar de la demandada estuvo investido de buena fe y esto hace improcedente la imposición de la sanción moratoria.

En los anteriores términos dejo consignado el salvamento de mi voto.

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

---

de manera automática, sino que se debe analizar el comportamiento del empleador durante la vinculación y a su terminación, y si de ello se desprende que pudo creer de buena fe que no existía relación laboral, se le debe exonerar de la indemnización moratoria".