

Doctor
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
MAGISTRADO PONENTE
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
E. S. D.

Ref: RECURSO DE REPOSICIÓN Y SUBSIDIARIO EL DE APELACIÓN
PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ELIANA MARCELA MAYORGA ROJAS
DEMANDADA: SOCIEDAD DE CONSULTORIA ANDAR S.A. A&P ANDAR S.A.
EXPEDIENTE No. 2019-363

CARLOS EDUARDO FLÓREZ MARTÍNEZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la C.C. 19.228.737 de Bogotá, abogado en ejercicio con T.P. 81461 del C. S. de la J., actuando como apoderado de la SOCIEDAD DE CONSULTORIA ANDAR S.A. A&P ANDAR S.A., demandada dentro del proceso de la referencia, estando dentro del término legal, manifiesto que interpongo recurso de REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE QUEJA, con la respectiva expedición de copias en contra del auto del 3 junio de 2021, mediante el cual se negó el recurso extraordinario de casación, para que en su lugar se disponga conceder el mismo.

I. Procedencia del recurso de reposición y en subsidio de queja.

El recurso de reposición es procedente en atención a lo señalado en el artículo 63 del CPTSS, que indica:

El recurso de reposición procederá contra los autos interlocutorios, se interpondrá dentro de los dos días siguientes a su notificación cuando se hiciera por estados, y se decidirá a más tardar tres días después. Si se interpusiere en audiencia, deberá decidirse oralmente en la misma, para lo cual podrá el juez decretar un receso de media hora.

Así las cosas, en la medida que el presente recurso se interpone en contra del auto del pasado 3 de junio de 2021, mediante el cual el Tribunal declara improcedente por la cuantía el recurso de casación y, que a la fecha de radicación del presente memorial el auto no se encuentra ejecutoriado, es claro que el recurso es procedente.

Ahora bien, en lo que respecta a la queja, resulta aplicable el artículo el artículo 68 del CPTSS que indica.

“Procederá el recurso de queja para ante el inmediato superior contra la providencia del Juez que deniegue el de apelación o contra la del Tribunal que no concede el de casación.”

Así mismo, en lo que respecta al trámite deberá seguirse lo señalado en el artículo 353 del CGP,

aplicable en material laboral, por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS y, en atención a ello, en caso de que el Tribunal no reponga el auto recurrido, deberá conceder la queja ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto en atención a lo señalado en el artículo en comento que indica:

El recurso de queja deberá interponerse en subsidio del de reposición contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria. Denegada la reposición, o interpuesta la queja, según el caso, el juez ordenará la reproducción de las piezas procesales necesarias, para lo cual se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación. Expedidas las copias se remitirán al superior, quien podrá ordenar al inferior que remita copias de otras piezas del expediente. El escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno, y surtido el traslado se decidirá el recurso. Si la superior estima indebida la denegación de la apelación o de la casación, la admitirá y comunicará su decisión al inferior, con indicación del efecto en que corresponda en el primer caso.

II. Fundamentos: Como argumentos de la Sala para la declaratoria de improcedencia del recurso de casación se tuvo en cuenta solamente la cuantía que desde luego no supera la cuantía de 120 salarios mínimos, pero no se refirió a mi solicitud subsidiaria de que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, **conceda de oficio el recurso de casación** a mi representada por la violación de derechos fundamentales entre otros el del debido proceso, por las siguientes consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y factico:

FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El Art. 336 del Código General del Proceso estableció la Casación de oficio, en su inciso final así:

*La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, **aún de oficio**, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales. (negrillas fuera de texto)*

Igualmente, el Artículo 333 establece los *Fines del recurso de casación*:

*El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, **proteger los derechos constitucionales**, controlar la legalidad de los fallos, **unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida**. (Negrillas fuera de texto)*

La Corte Constitucional en **Sentencia C-596/00**, reitero las finalidades de la casación:

(...) “RECURSO DE CASACION-Finalidad de la regulación

*Con la regulación de la casación, no se trata sólo de preservar el interés privado que cada una de las partes procesales, demanda de la administración de justicia, sino, además, el interés supremo colectivo que tiene el Estado y la comunidad en la conservación, respeto y garantía de la norma jurídica, **con el fin de asegurar, conforme al preámbulo de la Constitución un marco de justicia material, efectiva, concreta y comprometida con el anhelo de orden y paz, que le asiste como derecho, a todas las personas.***"

La Corte Constitucional en Sentencia T-1306/01, estableció la obligatoriedad de la Corte Suprema de Justicia de realizar la casación de oficio, cuando se violen derechos fundamentales:

"Así, en el numeral 3º del artículo 220 del Código de Procedimientos Penal se señala como una de las causales de tal recurso "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad". El artículo 228 ibídem limita el recurso de casación a las causales expresamente alegadas por el recurrente, pero agrega la norma: "tratándose de la causal prevista en el numeral 3º del artículo 220, la Corte (Suprema) deberá declararla de oficio. Igualmente, podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales."^[15] (el subrayado es de la Corte)

*Realizando una aplicación extensiva de tal pronunciamiento jurisprudencial, cabe afirmar que la casación, sin limitarla únicamente al área penal, es y **debe ser mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales de los casacionistas**. En consecuencia, las diversas salas de casación deben actuar en pro de la realización y respeto de los derechos fundamentales de los recurrentes si, al realizar el examen de los cargos del recurrente, observan que en el fallo de instancia recurrido se incurrió en vulneración de tales derechos.*

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS CON EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

1. DEBIDO PROCESO E IGUALDAD

El **ARTICULO 66 A** del C.P.L. - [Modificado por el art 35, Ley 712 de 2001](#). Estableció el **Principio de consonancia**.

La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

La Corte Constitucional en un aparte de la Sentencia T-699/17, dijo:

*(...) 43. En consonancia con lo dicho, el artículo 328 del Código General del Proceso (CGP), aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, establece que el juez de segunda instancia debe **"pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante"**, que lo puede hacer acerca de las decisiones que deba adoptar de oficio y, además, que, si ambas partes apelan "toda la sentencia" puede resolver sin ningún tipo de limitación. (Negrillas fuera de texto)*

Se violó el debido proceso, cuando la sentencia desconoce el principio de consonancia entre la sustentación del recurso de apelación y la sentencia del Tribunal, en efecto:

La parte actora en la sustentación del recurso estableció lo siguiente, según relato que se hace en la sentencia de segunda instancia:

*Lo aceptado por la demandada sobre los hechos 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5 de la demanda lo afirmado por su representante legal en el interrogatorio de parte, lo titulado en el contrato de trabajo y lo definido en la certificación de fecha del 21 de septiembre de 2018, es claro que el vínculo que ato a las partes, lo fue por término indefinido, situación que se ratifica por la parte empleadora al dar por terminado el contrato de trabajo haciendo referencia al numeral 2 art. 47 del C.S.T., y lo afirmado en las testimoniales recaudados en el proceso. De suerte que, no puede dársele una interpretación distinta al contrato de trabajo cuando las mismas partes, tanto demandante como demandada entendieron que la modalidad contractual lo fue bajo la modalidad de duración indefinida, precisando que la confusión existente presente en ambos extremos procesales debió ser resuelta a favor de la parte demandante, máxime que la cláusula que se cuestiona resulto abusiva y atenta normas de orden público, lo que conforme a los términos de la legislación laboral deviene en su ineficacia. Agrega que, conforme a lo aceptado por la representante legal de la convocada, ésta prescindió de la totalidad de los trabajadores que prestaron sus servicios dentro del marco del **contrato suscrito entre ANDAR S.A. y la NUEVA EPS**, por manera que, al finiquitar la relación del contrato de trabajo de alrededor de 10 empleados, debió reconocerse el despido colectivo de que trata el artículo 67 numeral 4º de la ley 50 de 1990.”* (Negrillas fuera de texto)

Este es el marco de la apelación:

*El recurrente dice que la cláusula QUINTA “resulto abusiva y atenta normas de orden público” no objeta que se haya suscrito un contrato entre ANDAR S.A. Y LA NUEVA EPS, lo que cuestiona es que, Si las partes establecieron el término indefinido, independiente de la lesiva cláusula QUINTA, se debe declarar que es contrato a término indefinido y si la parte demandada acepta la terminación de varios contratos laborales, **debe reconocerse el despido colectivo.***

Pero el fallador de segunda instancia violando el principio de consonancia, no se refiere a nada de lo argumentado en el recurso de apelación, simplemente y como único argumento del fallo, entra es a analizar que los nombres que se colocaron al CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD (cláusula QUINTA contractual) y el acta de terminación de dicho contrato, son diferentes, cito lo argumentado en el fallo:

(I...) Sobre el particular, constata la sala que revisado el contenido del referido documento (fol 19 a 21), el mismo no cumple con las condiciones para ser considerado un contrato de obra o labor determinada (art. 45 del C.S.t.) así como lo decreto el sentenciador de primera instancia toda vez que en este no se especificó de forma clara y precisa su objetivo, para así determinar la finalización de la obra o labor, pues de su cláusula QUINTA se extrae que:

DURACIÓN DEL CONTRATO: *Los primeros dos del presente contrato se consideran como período de prueba, y por consiguiente, cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho período. Vencido este, la duración del contrato será indefinida, mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. **PARAGRAFO PRIMERO:** El presente contrato se firma en*

desarrollo del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS) firmado entre EL EMPLEADOR y la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. “NUEVA EPS S.A.”, por lo tanto, la duración indefinida está sujeta al tiempo que dure la relación contractual con dicha entidad, ya que las causas que le dan origen y la materia del trabajo, dejarían de existir. PARAGRAFO SEGUNDO: Por lo anterior las partes acuerdan expresamente que al terminar la relación contractual entre EL EMPLEADOR y la “NUEVA EPS S.A.”, el presente contrato se dará también por terminado, sin el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

*Cláusula contractual que se reitera en el otrosí suscrito por las partes el 4 de marzo de 2015 (fol 22), de la cual no se desprende con claridad que la labor de la demandante estaba directamente ligada con el contrato de prestación de servicios que aduce la demandada suscribió con la NUEVA EPS, pues si bien en ella se menciona el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS), firmado entre EL EMPLEADOR y la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS NUEVA EPS, lo cierto es que de su texto no deviene que se trate del contrato que en la contestación de la demanda se afirma terminó el 31 de agosto de 2018, pues nótese que según el acta de terminación obrante a folio 73 a 75, el vínculo entre la demandada y la entidad promotora de salud citada se **denominó de otra manera, esto es “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD No. 01-05—00171-2014 PARA EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO BAJO LA MODALIDAD DE PAGO GLOBAL PROSPECTIVO***

De manera que, al margen de lo indicado en las declaraciones rendidas en el proceso, se constata del propio contrato de trabajo y del otrosí firmado por los extremos procesales que la modalidad contractual pactada por las partes realmente no se reviste de la naturaleza propia de un contrato por obra o labor, por lo que está correspondiente a un contrato a término indefinido, como así lo titularon las partes en su propio texto.” (Negritas y subrayado fuera de texto)

Obsérvese, que el fallador de segunda instancia introduce una discusión y argumentación sobre un hecho que no fue cuestionado por la parte actora, ni fue materia de debate en la primera instancia. Tanto en las confesiones de la demanda, como de los testimonios arrimados al plenario, quedo claro que la demandante presto sus servicios en las instalaciones de la NUEVA EPS, en desarrollo del contrato de PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD PARA EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS) suscrito con la NUEVA EPS. Por lo tanto, las confesiones y los testimonios son superiores a la simple diferencia de denominaciones del contrato de obra o labor determinado entre la cláusula quinta contractual y el acta de terminación.

Es evidente en el fallo materia del recurso de casación, **la pobreza de la argumentación** para concluir que no existió un contrato de obra o labor determinada, ya que solo se dice que no se da este contrato simplemente por existir diferencia en el nombre del contrato colocado en el acta de terminación firmada entre ANDAR Y LA NUEVA EPS, y el nombre colocado en la cláusula quinta del contrato laboral.

Concluyendo en este punto, se violaron los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad por vulneración del **principio de consonancia** (artículo 66 a del C.P.L.)-

VIOLACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El fallador a la ligera despacha la doctrina sentada por la Corte Suprema de justicia sobre las características del contrato por obra o labor determinada (forma de pactarlo, validez verbal o escrita, tiempo de duración, libertad de prueba, claridad de la modalidad, etc.)-

Al desconocerse el art. 37 del C.S.T. sobre el carácter residual del contrato de trabajo a término indefinido y el precedente jurisprudencial, se atenta contra la seguridad jurídica y también el debido proceso.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL2600-2018, siendo M.P. la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, determino los requisitos para la validez del contrato por obra o labor contratada, así:

(...) 1. LA PRUEBA DEL ACUERDO DE LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR CONTRATADA ES LIBRE Y PUEDE DERIVARSE DE LA NATURALEZA DE LA LABOR CONTRATADA

Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar».

La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado.

Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad.

Así como en el derecho laboral prima la regla general de la libertad de forma para el nacimiento de los actos jurídicos, a la par, también prevalece un principio general de libertad probatoria, el cual se relativiza solo cuando la ley establece una formalidad ad probationem. Al respecto, el artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo señala que tanto «la existencia» como las «condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios».

Nuevamente, en el caso del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, la ley no impone la prueba del acto jurídico a través de un medio probatorio específico, de tal suerte que su existencia puede establecerse a través de cualquier elemento de convicción. A ello vale agregar que incluso el legislador permite inferir una estipulación en tal sentido de «la naturaleza de la labor contratada», esto es, de las características de la actividad contratada.

En efecto, el numeral 1.º del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo prevé:

*1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o **la naturaleza de la labor contratada**, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.*

Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado. (Subrayados fuera de texto)

Todos estos parámetros jurisprudenciales fueron ignorados por el fallador de segunda instancia, ya que olvido las pruebas arrimadas al plenario, las confesiones de la demandante y el mismo documental y sin lógica jurídica, determino que no existió un contrato de obra o labor determinada.

NECESIDAD DE UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA

Nace precisamente del desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte del fallador recurrido.

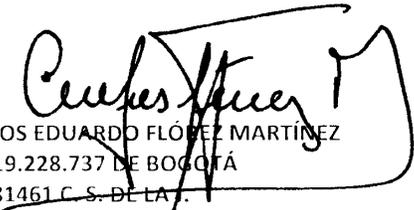
DESCONOCIMIENTO DE QUE EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES

Al condenar a la sociedad demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, se vulnera la libertad que tienen las partes de pactar el no pago de dicha indemnización en la cláusula QUINTA

III. Peticiones. En atención a lo anterior, se solicita a la Sala Laboral Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá:

1. Revocar el auto proferido el pasado 3 de junio de 2021 y notificado mediante estado del 15 de junio de 2021, en su lugar concederlo por la necesidad de unificar la jurisprudencia y proteger los derechos fundamentales de la pasiva, de acuerdo a todo lo anteriormente argumentado.
2. En caso de no revocarse el auto recurrido, solicito al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá se conceda el recurso de queja ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que sea esta Corporación la que estudie la procedencia de la interposición del recurso de casación, así como su concesión.

Atentamente,


CARLOS EDUARDO FLÓREZ MARTÍNEZ
C.C. 19.228.737 DE BOGOTÁ
T.P. 81461 C. S. DE LA J.