



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25290 31 03 001 2021 00412 02

Diana María del Pilar Pinzón Torres vs. Denty Sonrisas S.A.S.

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

Sentencia

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia condenatoria proferida el 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Antecedentes

1. Demanda. Diana María del Pilar Pinzón Torres, mediante apoderado judicial, presentó demanda contra **Denty Sonrisas S.A.S.**, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1º de diciembre de 2017 al 31 de marzo de 2018 (sic), en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, ordenar su afiliación a ARL, indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria, indexación, lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (pp. 3-28 pdf 3).

Como fundamento fáctico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que en noviembre de 2017 presentó su hoja de vida a la pasiva y tras una entrevista, se inició un vínculo “donde se le llamaba ocasionalmente a trabajar, días que fueron pagados” y desde el 1º de diciembre de 2017 la empresa le manifestó que empezaría a trabajar con un mes de prueba y “en enero sería ingresada a nómina como auxiliar de odontología”, contrato verbal que asegura se trata de un contrato realidad, cumpliendo un horario de lunes a sábado de 8 horas diarias, a cambio de 1 smlmv, más auxilio de transporte, último que canceló la demandada solo desde enero de 2018, manifiesta que únicamente fue afiliada a riesgos laborales desde abril de 2018, que el 11 de julio de 2018 “radica renuncia escrita por voluntad propia, motivada por las innumerables cargas de trabajo que le tocaba realizar y por una nueva oferta laboral”, siendo recibida por el representante legal de la encartada, pero para



terminar la contratación debía entregar su puesto de trabajo y capacitar a la persona que la iba a reemplazar, lo que generó inconvenientes, porque no se efectuó tal entrega en los tiempos acordados y tras varios intentos de entregar su cargo a su jefe directo, el señor Gilmar Giovany Velásquez Sánchez, el 21 de julio de 2018 ante esa situación para efectuar la entrega acudió a la esposa del representante legal, señora Carolina Camel Baquero, informándole que ese procedimiento debía hacerse con el señor antes mencionado y ante esa negativa, hizo la entrega *“de forma oficial a la señora Alejandra Mora, quien trabajaba como auxiliar”*, asegurando que ese día finalizó su contrato de trabajo.

Asegura que la accionada le colocó varios inconvenientes para cancelar la liquidación de su contrato, que envió varios mensajes por WhatsApp solicitando que se fijara una cita para obtener su pago, también recibió mensajes de texto del señor Gilmar Giovanny Velásquez Sánchez señalando que no podía hablar con ella, agrega que intentó en más de 8 oportunidades conversar telefónicamente, pero no le contestó o cuando lo hacía no se concretó cuando podía acudir a reclamar el pago, aduce que el 6 de marzo de 2019, la pasiva efectuó un depósito judicial ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, bajo el argumento de que la demandante nunca se acercó a reclamar la liquidación, lo que es falso, que en todo caso, hasta el 6 de junio de 2019 se hizo efectivo el pago de los \$436.975, valor que no corresponde a la totalidad de sus derechos laborales adeudados.

Informa que el 6 de julio de 2019 presentó derecho de petición a la accionada a través de correo certificado, solicitando copia de unos documentos y el pago completo de su liquidación por \$10.175.698, el que fue recibido el 8 de julio siguiente, y en respuesta de 17 de julio de 2019 fue contestado de manera negativa.

2. La demanda correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá, quien por auto del 17 de noviembre de 2021 la admitió, ordenó la notificación y el traslado de rigor (pdf 5 y 9).

3. Contestación de la demanda. Denty Sonrisas S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, manifestó que el perfil de la demandante fue seleccionado para el cargo de auxiliar de odontología, sin embargo, cubrió turnos ocasionales y esporádicos, *“sin que de ello pudiera llegar a desprenderse la existencia de una relación laboral”*, ya que fueron ejecutados bajo la modalidad de *“prestación de servicios”*, sin



que existiera subordinación, ni una relación de jerarquía o autoridad y que en diciembre de 2017 la gestora recibía inclusive el subsidio de desempleo, razón por la cual en diciembre de 2017 solo prestó algunos turnos y los honorarios le fueron debidamente pagados, agrega que el 10 de enero de 2018 se retiró de la empresa la señora Ruth Mireya Gómez Romero y la demandante cubrió los turnos del 10 al 17 de enero de 2018, luego hizo otros turnos esporádicos hasta el 31 de enero de 2018, los que se le pagaron el 2 de febrero de 2018 por \$466.200, dice que en febrero de 2018 no hizo ningún turno y solo del 1º al 15 de marzo de 2018 los volvió a cumplir esporádicamente, reconociéndole la suma de \$450.000, sin que entre el 15 (sic) y 30 de marzo de 2018 volviera a prestar servicios, finalmente, aceptó que el 1º de abril de 2018 suscribió un “contrato por nómina”, con una remuneración de 1 smlmv, al cual renunció el 10 de julio de 2018 por motivos estrictamente personales, laborando hasta el 21 de julio siguiente y se le pagaron los últimos días de servicio del 16 al 21 de julio de esa anualidad por \$101.250 (pp. 2-21 pdf 11).

Expresa que no fue posible coordinar las agendas del representante legal de la compañía, señor Gilmar Giovanni Velásquez Sánchez y la accionante, tal y como lo demuestran las propias pruebas del extremo activo, por lo cual la liquidación no se canceló por motivos ajenos a la voluntad de la pasiva y no por su negligencia o desidia, que en todo caso, los \$436.975 por prestaciones sociales debían ser pagados a la actora directamente, sin que hubiera necesidad de consignación a un fondo de cesantías, porque la vigencia del vínculo laboral fue inferior a un año, cifra que le pagó mediante depósito judicial, ante la imposibilidad de concretar una cita entre las partes.

En su defensa formuló las excepciones de mérito denominadas inexistencia de relación laboral en el periodo comprendido desde diciembre de 2017 hasta marzo de 2018, pago total de las acreencias laborales, inexistencia de los presupuestos axiológicos para condenar al pago de la sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, mala fe y temeridad y la genérica.

4. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Primero Civil Circuito de Fusagasugá, mediante sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, resolvió: *“declarar no prósperas las excepciones propuestas por la parte demandada, como inexistencia de la relación laboral en el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2017 hasta el 31 de marzo 2018, inexistencia de los presupuestos axiológicos para condenar al pago de la sanción por no consignación de la cesantía, inexistencia en los presupuestos axiológicos para condenar al pago de la indemnización moratoria, la prosperidad (sic) y mala fe no se acreditaron; igualmente, el Despacho decreta parcialmente la*



excepción de pago parcial, por haberse hecho la consignación en el mes de marzo de las acreencias que según el demandado tenía derecho la demandante. SEGUNDO: declarar que entre la demandante Diana María del Pilar Pinzón Torres y el demandado Denty Sonrisas S.A.S., representado legalmente por Gilmar Giovanni Velásquez Sánchez, existió contrato laboral a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º diciembre de 2017 al 31 marzo de 2018 (sic); como consecuencia de la anterior declaración, condenar al demandado Denty Sonrisas S.A.S., a través de su representante legal Gilmar Giovanni Vázquez Sánchez, al pago de los siguientes conceptos: por cesantías para el año 2017 \$63.525, por el pago de cesantía del 2018 \$436.193, concepto de intereses a las cesantías 2017 \$14.754, intereses 2018 \$124.998, prima de servicios 2017 \$63.525, 2018 prima de servicio \$436.193,45; por concepto de vacaciones durante el periodo de 2018 \$251.733,53; pago de aportes a seguridad social se impone al demandado su pago, para lo cual se ordena el depósito en el fondo que elija la demandada, atendiendo el respectivo cálculo actuarial por los meses que no se cancelaron, esto es de diciembre 1º del 2017 al 31 de marzo de 2018. Condenar al demandado Denty Sonrisa SAS, representado legalmente por Gilmar Giovanni Vázquez Sánchez, a pagar en favor de la demandada por concepto de indemnización moratoria por no cancelar salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2017 al 21 julio de 2018 \$6'275.977,40, teniendo en cuenta que el pago de las cesantías por lo menos se verificó, por eso prosperó la excepción de pago parcial en marzo del 2019. Condenar al demandado Denty sonrisas S.A.S., representaba legalmente por Gilmar Giovanni Velásquez Sánchez, al pago de la sanción del artículo 99 numeral 3 a \$3'836.128,40. Se condena en costas a la parte demandada en el monto de \$500.000 en esta instancia”.

5. Recurso de apelación parte demandada. Inconforme con la sentencia de primera instancia, la entidad demandada interpuso recurso de apelación, bajo la siguiente sustentación: “... interpongo el recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión y procedo a sustentarla en esta manera. Hubo 2 contratos, si es que al primero se le puede llamar contrato, que fueron una relación desde diciembre 17 hasta marzo 31, si bien es cierto, quedó probado y demostrado que fueron cancelados esos turnos esporádicos, no estoy de acuerdo con la decisión cuando dice que en esos turnos no se dijo a qué correspondía el tiempo, modo y lugar, eso es una exigencia extrema para este libelista, absolutamente extrema, basta analizar el recibo y se está diciendo pago de los turnos de tal fecha tal fecha, por lo que precisamente inconforme es que impetro el recurso. Su señoría no analizó la totalidad de la prueba documental allegada a tiempo, como lo prevé el artículo 60 CST (sic), donde fue demostrado que, en este interregno, que, en periodo de diciembre 17 al 31 de abril de 2018, (sic) efectivamente y reitero fueron turnos, fueron días esporádicos, unos días se trabajaba y otros días no se trabajaba, sin embargo, la sentencia corre totalmente los días, como si los hubiera trabajado, esas cancelaciones aparecen en el proceso, de eso no hay duda. En segundo lugar, efectivamente hubo un solo contrato laboral, a partir del 1º de abril de 2018 hasta Julio del 2018, 109 días laborados y que efectivamente esos derechos sociales o laborales fueron también cancelados; luego no hay razón para que se condene a la indemnización moratoria, porque al haber cancelado esos rubros, ¿de dónde?, cómo atender de que efectivamente hay una sanción moratoria por el no pago cuando efectivamente se pagó y se pagó ante el Juzgado Segundo Civil Circuito de Fusagasugá, razón por la cual inconforme con la sentencia, interpongo el recurso. Este libelista considera que esos turnos esporádicos de algunos



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

días no generan derechos laborales y si los generan, ha debido el despacho computar los días y proceder a liquidarlos conforme a la ley, lo que no se hizo, deviniendo con todo respeto en un error, la forma como se han liquidado esos turnos esporádicos ha sido de manera irracional, injusta e inequitativa y ha quebrantado el artículo 1º CST, al disponer que la finalidad primordial del Código Sustantivo del Trabajo es la de lograr la justicia en las relaciones que surjan entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. Adentrando más al fondo de la situación, mi mandante no tenía por qué consignar derechos laborales, porque repito ya los había cancelado, a los que su señoría le atribuye dizque el pago parcial, eso no es un pago parcial, eso es lo que creyó deber mi agenciado y por eso los consignó y los recibió la trabajadora; entonces habida cuenta de esa situación, dolido precisamente por la injusticia y la inequidad, es que interpongo el presente recurso para que el honorable Tribunal, al analizar la situación revoque esta decisión y ante todo esa sanción moratoria, eso es cuando el patrono no cancela efectivamente los derechos sociales, como bien lo llama la Corte, al momento de la terminación del contrato, efectivamente sí se consignó mucho después, pero el juzgado no entra a analizar cuál fue la razón, la causa, el motivo, las circunstancias por las cuales hubo que consignarle pasado un tiempo, pues porque la señora fue la que evadió, la señora nunca quiso venir a la oficina a reclamar su dinero y entonces mi mandante esperó un tiempo prudente y cuando ya pasó ese tiempo ya un poco excesivo, este libelista le dijo personalmente “vaya consígnele, porque si no quiere venir, vaya consígnele” y así lo hizo, luego la sanción moratoria no procede de ninguna manera, me parece una injusticia porque efectivamente si bien hay que cancelar a la terminación del contrato, aquí la culpa no fue de mi mandante, sino de la trabajadora y por último, doctora, le reitero que se obró de buena fe al haber consignado lo que efectivamente se creyó deberle, razón bastante como suficiente para que la no operara la sanción moratoria del artículo 65”.

6. Alegatos de conclusión. En el término de traslado solo la demandante presentó alegaciones de instancia, solicitando confirmar el fallo apelado y condenar en costas a la demandada, dado que todas las razones expresadas por la jueza a quo están conforme a derecho y a los elementos probatorios recaudados en juicio, de ahí que no le asiste razón a la parte apelante.

7. Problema(s) jurídico(s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A CPTSS, corresponde a la Sala resolver lo siguiente: **1)** ¿Se equivocó la jueza a quo al declarar que el contrato de trabajo entre las partes tuvo inicio el 1º de diciembre de 2017, o como lo opone la entidad demandada, comenzó el 1º de abril de 2018?, dependiendo de lo que resulte, **2)** ¿Erró la jueza a quo al no declarar que entre diciembre de 2017 y marzo de 2018 el servicio personal de la demandante se prestó por turnos?; **3)** ¿Desacertó la jueza a quo al condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria?.

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



9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales. Art. 53 Constitución Política de Colombia de 1991; Arts. 22, 23, 24, 65 CST; Arts. 54A, 145 CPTSS; Arts. 166, 212, 213 CGP; CSJ SL2879-2019, CSJ SL3614-2020, CSJ SL1439-2021, CSJ SL3345-2021, CSJ SL3695-2021, CSJ SL5288-2021, CSJ SL4311-2022, CSJ SL672-2023.

Consideraciones

La Sala aborda el estudio de los problemas jurídicos planteados, así:

¿Se equivocó la jueza a quo al declarar que el contrato de trabajo entre las partes tuvo inicio el 1º de diciembre de 2017, o como lo opone la entidad demandada, comenzó el 1º de abril de 2018?

Delanteramente se precisa que el Código Sustantivo del trabajo, en sus artículos 22 y 23 determina la noción y 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 2º 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 su servicio personal a favor de otra persona natural o jurídica y una vez demostrado este elemento, le 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.



En cuanto la subordinación propia de las relaciones laborales, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que consiste en la posibilidad de *“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 figur 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, CSJ SL3695-2021, CSJ SL1489-2023).

Descendiendo al caso bajo estudio, se precisa que si bien la juzgadora de instancia en la parte resolutive de la sentencia apelada señaló como fecha del finiquito del contrato el 31 de marzo de 2018, sin embargo, escuchada con atención esa providencia se establece que se trató de un lapsus calami, por la sencilla razón que en todas las consideraciones sobre el particular, adujo que la relación laboral culminó el 21 de julio de 2018 y precisamente esa data fue la que tuvo en cuenta para efectuar las operaciones aritméticas y conceder los emolumentos a la demandante, incluso la misma accionante en los hechos de la demanda informó esa fecha como la de terminación contractual laboral, la que no está demás recordar que fue aceptada por la entidad demanda en la contestación del libelo.

Por consiguiente, la Sala precisará que la fecha del finiquito es del 21 de julio de 2018, en procura de proteger el principio de congruencia entre lo considerado y lo resuelto, conforme a lo analizado en precedencia.

Elucidado lo anterior, en el presente caso, la jueza a quo fijó como extremo inicial del contrato de trabajo el 1º de diciembre de 2017, al considerar que la demandante logró acreditar la prestación personal de sus servicios de manera continua y subordinada desde esa fecha, lo que no es compartido por el extremo pasivo, bajo el argumento que desde diciembre de 2017 a marzo de 2018 la accionante se limitó fue a prestar unos turnos esporádicos, bajo un contrato de prestación de servicios, lo que llevó a sustentar en el recurso que en realidad la actora tuvo dos vinculaciones, una por turnos esporádicos y otra mediante contrato laboral.



Apoya su dicho en que, en su sentir, la jueza del conocimiento al valorar el interrogatorio de parte del representante de la pasiva la conllevó a efectuar una exigencia extrema al requerir que la encartada debió indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuaron los turnos, sin haber valorado la prueba documental acompañada, en especial los recibos, que dan fe de que sí existieron dichos turnos y que *“esos turnos esporádicos de algunos días no generan derechos laborales”*.

Para resolver la inconformidad del apelante, lo primero por decir es que, de acuerdo a los antecedentes normativos y jurisprudenciales citados, a la demandante le incumbía demostrar la prestación personal del servicio para activar la presunción de existencia del contrato de trabajo consagrada en el artículo 24 CST y, una vez acreditada la misma, le corresponde a la parte accionada desvirtuarla, ya sea acreditando que la relación fue independiente o autónoma, o que entre las partes no existió ninguna clase de vínculo contractual.

En el presente asunto, la demandante en su demanda señaló que en noviembre de 2017 presentó su hoja de vida a la entidad demandada, siendo entrevistada y tras ello inició un vínculo donde la llamaban ocasionalmente a trabajar, aceptando que dichos servicios le fueron cancelados; no obstante, expresa que a partir del 1 de diciembre de 2017 la pasiva le informó que iniciaba un mes de prueba como auxiliar de odontología y finalizado sería ingresada en nómina, data desde la cual cumplió un horario de trabajo de 8 horas de lunes a sábado, devengando 1 smlmv, más el auxilio de transporte, fue afiliada a seguridad social desde abril de 2018, y renunció el 11 de julio de 2018, la que fue efectiva el día 21 del mismo mes y año.

Para demostrar los supuestos fácticos referidos, en especial la prestación personal del servicio y la manera como la misma se realizó, se recibieron a instancia de la actora las declaraciones que a continuación se plasman.

La testigo **Diana Patricia Rojas Berbeo**, quien dijo haber laborado como odontóloga para la pasiva entre diciembre de 2017 y diciembre de 2020, señaló que cuando ingresó la actora ya trabajaba como auxiliar de odontología y la observó trabajar de 2pm a 7pm de lunes a viernes y cada dos sábados de 8am a 4pm, porque ese era el tiempo en el que la testigo desarrollaba su actividad, *“aunque tenía entendido que ella laboraba desde la mañana”*, dijo que la demandante era responsable de asistirle pasándole



instrumental, materiales, insumos y de tener limpio y desinfectado su consultorio, informó que en la entidad demandada habían dos auxiliares de odontología y mientras una asistía la otra estaba en recepción y se turnaban, que observó a la accionante llenando las planillas e historias clínicas, recibir dineros en la recepción, barrer, trapear y asistir a las 2 odontólogas que habían, adujo que el representante legal de la pasiva, señor Gilmar Giovanni Velásquez Sánchez, era quien daba órdenes a las auxiliares y determinaba cual estaba en recepción y quien auxiliaba y hacia la labor de higienista y profilaxis, que ocasionalmente la esposa del representante legal, Carolina, también daba órdenes, era quien pagaba la remuneración en quincenas, en efectivo, relato que ella -testigo- como odontóloga no podía “escoger” quien la asistía y la clínica daba los elementos de protección, como guantes y gorros a la actora, que vio que llevaban uniformes suministrados por la compañía, algunos de ellos marcados con el logo de la entidad demandada (01:22:26, 01:46:02, 02:01:15, 02:05:20 archivo 37).

La deponente **Jhurany Gil Rivas**, informó que laboró como auxiliar de odontología de la accionada, desde unos días antes de la “primera quincena” de enero de 2018 y hasta mayo de 2018, manifestó que observó a la demandante cumplir el cargo de auxiliar e higienista oral, que ese cargo lo ocupaban la testigo y la actora y nadie más, que debían cumplir un horario rotativo semanal, uno de 8am a 12pm y 2pm a 6pm y el otro de 9am a 12pm y 2pm a 7pm, también debían ir el sábado de 8am a 3 o 4pm, aunque si iba especialista, quien acudía uno o dos sábados al mes, debían salir a veces hasta las 10pm y que la demandante siempre cumplió ese horario, que era fijado por Gilmar Giovanni Velásquez Sánchez, que en una semana eran auxiliares, higienistas y hacían la limpieza oral a los pacientes de ortodoncia y les enseñaban como hacer su aseo, mientras la otra permanecía en recepción, que recuerda haber visto como Gilmar Giovanni “le llamó la atención” a la accionante porque se demoró en ingresar a unidad de trabajo o porque se demoraba llamando y confirmando las citas de los pacientes o porque salió descuadrada en caja, dijo que ambas ganaban un “básico” de 1 smlmv, el que era pagado en quincenas y en efectivo por Carolina, la esposa del señor Gilmar, que además devengaban comisiones por venta, que observó como a la actora le dieron dotación, algunas “usadas por las antiguas auxiliares”, pero la empresa pagaba el arreglo para que se ajustaran a su talla y entregaban los guantes y gorros, que los elementos de labor los suministró la compañía, como lo eran los insumos para hacer fases higiénicas a los clientes, que el micromotor que usaban era de propiedad de la accionada, que la clínica “no pagaba las horas extras”, pero las compensaba en tiempo (02:20:20 archivo 37; 00:12, 07:06, 12:38: 15:14 archivo 38).



Analizados los testimonios recibidos, respecto de los cuales no resultaron prósperas las tachas de sospecha formuladas, se evidencia que fueron coincidentes, contestes, coherentes, señalaron la razón de la ciencia de su dicho, con los que sin duda la demandante logró demostrar que prestó sus servicios personales como auxiliar de odontología alternado con labores de recepción, en un horario continuo, declarantes estas a las que les constó de manera directa la mentada prestación del servicio, al ser sus compañeras de trabajo de la gestora, dado que se trata de una odontóloga y una auxiliar de odontología que laboraron para la entidad demandada durante el interregno en que lo hizo la libelista, tales declarantes fueron espontáneas, no se notaron parcializadas, todo lo contrario, sus versiones fueron fluidas y responsivas, sin querer beneficiar a alguno de los extremos de la litis, pues se limitaron a relatar lo que les constaba y presenciaron de la relación de la actora con la pasiva, sin que en ninguno de sus dichos hubieren hecho mención explícita o tan siquiera sugerir la existencia de turnos cumplidos por la libelista, todo lo contrario, al unísono relataron que ella prestaba labores de auxiliar de odontología o en la recepción en los horarios aludidos, por lo que, activada la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 24 CST, la carga de la prueba se trasladó a la entidad demandada con miras a desvirtuar la misma.

Como tesis defensiva, como se reseñó en precedencia, la parte accionada alegó que la prestación del servicio fue mediante 2 contratos, el primero por contrato de prestación de servicios entre diciembre de 2017 y marzo de 2018, periodo en que la demandante lo que cumplió fueron unos turnos esporádicos, inclusive, llama la atención de cara a la apelación, que en la contestación de la demandada afirmó que no laboró ningún turno en febrero de 2018 y entre el 15 y 30 de marzo de 2018, de lo que se evidencia una contradicción entre la impugnación y lo relatado al responder el libelo, pese a ello, la Sala pasa a verificar si se establecieron o no los mentados turnos durante el interregno mencionado, así como si los mismos fueron realizados de manera autónoma e independiente, esto es, carentes de subordinación jurídica, por haberse ejecutado por contrato de prestación de servicios.

Par acreditar sus dichos la parte demandada únicamente acompañó unos *"comprobantes de egreso"* (pp. 22-28 pdf 11), que no está por demás decir que no fueron tachados de falsos, ni desconocidos por la demandante, lo que conlleva a darles pleno valor probatorio conforme el párrafo único del artículo 54A CPTSS.



En los mentados comprobantes se relacionan los siguientes pagos: **1)** \$342.250 del 17 de enero de 2018 por “*pago de turnos como aux. consultorio*”; **2)** \$466.200 del 2 de febrero de 2018 por “*pago de turnos como auxiliar del 16 al 31 ene/18*”; **3)** \$450.000 el 15 de marzo de 2018 por “*abono a contrato de prestación de servicios del 1 al 15 de marzo/2018*”; **4)** 450.000 del 17 de abril de 2018 por “*pago nómina quincena del 1 al 15 abril de 2018 inicio contrato laboral*”; **5)** \$372.226 del 1º de mayo de 2018 por “*pago nómina del 16 al 30 abril de 2018 según contrato laboral*”; **6)** \$434.750 del 16 de mayo de 2018 por “*pago quincena del 1 al 15 de mayo/2018*”; **7)** \$450.200 del 2 de junio de 2018 por “*pago nómina del 16 al 31 may/2018*”; **8)** \$434.750 del 18 de junio de 2018 por “*pago quincena del 1 al 15 junio/2018*”; **9)** \$372.226 del 3 de julio de 2018 por “*pago nomina según contrato laboral del 16 al 30 junio/2018*”; **10)** \$434.750 del 16 de julio de 2018 por “*pago quincena del 1º al 15 junio/2018*”; **11)** \$101.250 del 1º de agosto de 2018 por “*pago cinco(5) días laborados y descuento*”.

Dichas instrumentales si bien acreditan los pagos efectuados por el extremo pasivo a la demandante, en modo alguno sirven para establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se prestó el servicio personal de la actora, ya que por sí solos no dan prueba de ello, ni permiten inferir las condiciones en que se desarrolló la labor de la accionante y a pesar de que en algunos se hizo mención a “*turnos*” o a un “*contrato de prestación de servicios*”, esas atestaciones no dan lugar a dar por acreditado el contrato de prestación de servicios a que alude la pasiva o que la demandante prestó los mentados turnos de manera ocasional en ese interregno, pues de ser así, necesariamente se debía probar la forma como se desarrolló la actividad, que los mentados turnos se ejecutaron bajo autonomía e independencia y los días en que esporádicamente los prestó en el periodo que alude el demandado, máxime cuando el propio artículo 53 constitucional establece la prevalencia de la realidad sobre las formas y el artículo 23 CST consagra con claridad que si se reúnen los elementos esenciales del contrato de trabajo, aquel no deja de serlo por el nombre que se le dé o las modalidades que las partes le agreguen.

Recuérdese que la demandante en su demanda aceptó que inicialmente prestó turnos esporádicos a la pasiva y le fueron cancelados, lo que aquí no está en debate, pero luego relata que su vinculación fue mediante una relación laboral en las fechas enunciadas, incluso de cara a los testimonios de las compañeras de trabajo de la accionante, se infiere que su trabajo lo desempeñó de tiempo completo de lunes a sábado, cumpliendo los horarios fijados por la demandada, en las labores de auxiliar



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

de odontología, recepción y demás, lo que lejos está de poder darle razón a la parte accionada, ya que ni por lumbre se lograron evidenciar los aludidos turnos referidos en su apelación, como tampoco el pretense contrato de prestación de servicios, sin que la jueza de instancia hubiere incurrido en un dislate valorativo o en un exceso de formalismo, ya que le incumbía a la pasiva, de cara al artículo 167 del CGP, aplicable por reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS, demostrar los citados turnos, lo que no ocurrió.

Y si bien en el interrogatorio de parte del representante legal de la entidad demandada reconoció la existencia del servicio personal de la demandante desde diciembre de 2017, asegurando que hasta marzo de 2018 solo lo que prestó fueron unos turnos ocasionales, se insiste, esa manifestación no cuenta con respaldo probatorio que, de manera contundente y eficaz así lo acreditara, se itera, por el contrario, con lo relatado por las dos deponentes, lo que se logró acreditar fue que la prestación del servicio de la gestora se desarrolló de manera continua, no por turnos, ni por contrato de prestación de servicios, como lo aseguró la pasiva, por tanto obró bien la juzgadora de instancia al declarar como extremo inicial del vínculo laboral el 1 de diciembre de 2017.

Y, en todo caso, en gracia de la discusión, lo determinante era establecer la ausencia de subordinación durante tal interregno, pero el representante de la encartada aceptó que impartía órdenes a la demandante, ya que si bien expuso que no dirigía el trabajo técnico de la auxiliar de odontología, por no tener conocimientos al respecto, al mismo tiempo reconoció que le impartió otro tipo de órdenes a la gestora, en cuanto a labores adicionales a las de una auxiliar de odontología, pues el señor **Gilmar Giovanni Velásquez Sánchez** contestó *“el tema que ella dice ”yo barría, que yo subía la reja”, es netamente normal, si está ahí parada suba la reja, baje la reja, si ve un papel en el piso lo recoge, es lo más normal (35:00 archivo 37).*

En esa medida, se confirmará la sentencia apelada en este punto.

¿Erró la jueza a quo al no declarar que entre diciembre de 2017 y marzo de 2018 el servicio personal se prestó por turnos?

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad relacionada a la presunta omisión de la jueza a quo de declarar que entre diciembre de 2017 a marzo de 2018 el servicio de la



demandante se prestó por turnos y, en consecuencia, de ser el caso, debía condenarse de manera proporcional.

En este punto, como ya se señaló en el acápite anterior, la parte accionada manejó como tesis defensiva que la demandante prestó su labor en turnos esporádicos, sin embargo, como quedó analizado en precedencia, la encartada no logró desvirtuar la presunción del artículo 24 CST, como tampoco la existencia de los turnos a que alude la pasiva.

En efecto, lo manifestado por el representante legal de la accionada sobre la existencia de dichos turnos no puede ser considerado como prueba válida de aquellos, ya que *nadie puede fabricar su propia prueba*, de otra parte, la demandante lo que reconoció fue la existencia de unos turnos, pero solo en noviembre de 2017, esto es, un mes antes del 1º de diciembre siguiente, fecha de inicio de la relación laboral que fue declarada en la sentencia apelada, incluso aceptó que se los habían pagado.

De otra parte, no puede desconocerse que la compañía estuvo de acuerdo que se tuvieran como elementos probáticos solo las instrumentales reseñadas, recuérdese que había solicitado unos testimonios, pero no se decretaron por no cumplir los requisitos exigidos en los artículos 212 y 213 CGP, aplicables al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS, decisión con la que estuvo de acuerdo, dado que no formuló ningún medio de impugnación.

En definitiva, como no existe ningún medio de prueba que respalde la existencia de los turnos alegados, y se insiste, contrariamente se estableció un trabajo continuo durante todo el interregno fijado por la jueza de instancia, en este aspecto se confirmará la sentencia apelada, dado que ni por lumbre se observa inconsistencia en la decisión adoptada en primer grado.

¿Pasó por alto la jueza a quo que el empleador obró de buena fe y por tanto no debe ser condenado al pago de la indemnización moratoria?

Se procede al estudio del último tema de inconformidad formulado en el recurso de apelación, que no es otro que las razones invocadas por el apoderado de la pasiva para señalar que la compañía actuó de buena fe y efectuó un depósito judicial de la liquidación final del contrato de trabajo, cancelando lo que creyó adeudar, alegando



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

que la demora en tal acción es imputable a la actora, quien no cumplió las citas ni asistió a reclamar el dinero.

El artículo 65 CST, reformado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone que si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar, a título de indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Esta sanción debe ser estudiada en cada caso particular, dado que su imposición no es automática e inexorable y así de antaño lo enseña nuestra máxima corporación de cierre, por lo tanto, no basta con demostrar la deuda por concepto de salarios y prestaciones sociales a cargo del empleador (elemento objetivo), ya que en cada asunto concreto debe analizarse si el comportamiento moroso del empleador estuvo respaldado o no, en razones sólidas, serias y atendibles, con el fin de determinar su actuar de buena o mala fe (elemento subjetivo) (CSJ SL3614-2020; CSJ SL5288-2021, CSJ SL4311-2022).

En el *sub lite*, se advierte que conforme el dicho de la actora, la pasiva le indicó que en diciembre de 2017 estaría “*en prueba*” y que a partir de enero de 2018 sería vinculada formalmente “*en nómina*”, aspecto que negó la encartada, quien siempre sostuvo que la demandante entre diciembre de 2017 a marzo de 2018 prestó su labor en turnos esporádicos y bajo un contrato de prestación de servicios, sin embargo, llama la atención que las únicas pruebas de lo afirmado, como quedó visto, son unos comprobantes de egreso, que por las razones señaladas a lo largo de esta providencia no fueron suficientes para demostrar el modo como se prestó el servicio, además, en gracia de la discusión, tampoco se allegó ni una sola prueba de la existencia del presunto contrato de prestación de servicios.

De otra parte, la entidad demandada aceptó que en abril de 2018 vinculó a la actora mediante contrato de trabajo, pero no se advirtió o demostraron las razones por las cuales desde ese mes y no antes procedió a considerar como laboral un servicio que se venía prestando desde varios meses atrás y respecto de lo cual las testigos, como se estudió en precedencia, la demandante trabajaba en un horario que iba de lunes a sábado, no por turnos.



Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el vínculo finalizó el 21 de julio de 2018, data de la cual, se itera, no hay discusión, dado que la pasiva no mostró inconformidad en su fijación por la jueza de instancia y solo hasta el 6 de marzo de 2019, procedió a consignar el depósito judicial por \$436.975 (pp 33-34 y 36-38 pdf 3, pp. 32-33 pdf 11), según la liquidación efectuada por la encartada, en la que liquidó el contrato de trabajo tomando como sus extremos temporales del 1º de abril de 2018 al 19 de julio de 2018, desconociendo los servicios prestados con anterioridad.

Pero es que inclusive la gestora allegó copia de las llamadas y mensajes de WhatsApp cruzados con el representante legal de la demandada, el señor Gilmar Giovanni Velásquez Sánchez (pp. 64-68 pdf 3), a través de los cuales se intentó concretar una cita para que le efectuaran el pago de la liquidación, sin que se evidencie el más mínimo esfuerzo de la compañía en encontrar alternativas y realizar el pago de las acreencias debidas por medios distintos al presencial.

Sin perjuicio de lo anterior, el 06 de julio de 2019 la demandante presentó un derecho de petición a la entidad accionada, reclamando el pago de la liquidación final del contrato (pp. 49-54 pdf 3), frente al cual la accionada dio respuesta a través de apoderado (pp. 61-63 pdf 3), siendo relevantes las expresiones utilizadas por el profesional del derecho, al informarle que solo efectuaría el pago a través de inspección de trabajo o mediante demanda ante juez, que el derecho de petición no era el mecanismo idóneo para pedir documentos porque debían ser solicitados a través del artículo 275 CGP, desconociendo la amplia jurisprudencia que permite su recaudo mediante derecho de petición, finalizando con unas advertencias explícitas en cuanto a la indemnización moratoria *“será improcedente la condena por este tópico tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia laboral (...) basta leerlos por su abogado incógnito quien le hizo el derecho de petición para que tenga claro que su caso es indefendible (...) sean estas breves y potísimas razones suficientes como bastantes para evitar el derroche tanto de la jurisdicción constitucional a través de la acción de Amparo constitucional si es que cree no haberse satisfecho el derecho de petición y al igual que el derroche de la jurisdicción laboral con una demanda que delantadamente se advierte será impróspera por las razones expresadas”*.

Por lo considerado, no observa esta Sala que la accionada haya actuado de buena fe y, por el contrario, conforme las pruebas practicadas en juicio, pretendió desconocer el verdadero pago de las acreencias laborales mediante la figura de turnos, de cuya existencia carece de pruebas, a la par que durante aproximadamente 8 meses se abstuvo de cumplir con su obligación como empleador de efectuar el pago de la



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

liquidación final del contrato sin que hubiera propuesto ninguna otra opción que no fuera una reunión presencial para facilitar el reconocimiento de lo debido, incluso aunque la negativa de entrega de documentos, no es un motivo para acceder a la moratoria del artículo 65 del CST, no puede pasarse por alto que a través de un profesional del derecho, le informaron que no podía reclamarlos mediante derecho de petición, siendo ello incorrecto, pero inclusive en esa respuesta y para lo que interesa fue más allá, advirtiéndole a la demandante que sus reclamos eran “*indefendibles*”, de tal suerte que esta Sala no encuentra motivo razonado o justificado para que la accionada a la culminación del contrato no hubiere pagado a la gestora sus prestaciones sociales y solo lo hizo casi 8 meses después del finiquito contractual, actuar que ni por lumbre puede considerarse de buena fe, por lo tanto le asiste razón a la juez de instancia al imponer esta condena, la que limitó únicamente por el periodo comprendido entre la finalización del contrato y la consignación del depósito judicial, en esa medida, se confirmará la sentencia apelada en este punto.

Por lo demás, si bien el apelante aduce que presenta recurso “*en contra de la totalidad de la decisión*”, lo cierto es que, la sustentación del recurso solo aludió a la existencia de dos contratos, uno según su decir por la prestación del servicio por turnos, dado que el contrato de trabajo celebrado posteriormente no fue motivo de inconformidad, como tampoco la fecha de culminación fijada por la jueza de instancia y la condena por la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, por consiguiente, esta Sala en aplicación del principio de consonancia, solo cuenta con competencia para resolver los temas apelados, como en efecto se hizo, sin que sea dable extender esta decisión a aspectos que no fueron sustentados, referidos a los eventuales errores en que hubiere podido incurrir la jueza de instancia en su imposición, motivo por el cual no se efectúa ningún pronunciamiento adicional.

Así quedan resueltos todos los puntos de controversia del recurso de apelación de la parte pasiva.

Costas. Se condenará en costas a la parte demandada por perder el recurso. Se fijan 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,



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

Resuelve:

Primero: Precisar el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de señalar que el extremo final del contrato de trabajo que ató a las partes fue el 21 de julio de 2018, acorde con lo considerado.

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

Tercero: costas en segunda instancia a cargo de la demandada, inclúyanse como agencias en derecho la suma de 2 smlmv.

Cuarto: Devolver el expediente digitalizado al juzgado de origen, a través del uso de los medios tecnológicos respectivos. Secretaria proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado
(Con aclaración de voto)


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado