TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso Ordinario
Radicación No. 25151-31-03-001-2020-00002-01
Demandante: **TELESFORO PARRADO RINCON**
Demandado: **EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H.**

En Bogotá D.C. **a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020)** se profiere la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 08 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado civil del circuito de Cáqueza.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

TELÉSFORO PARRADO RINCON demandó al **EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H.** para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara la existencia de contrato de trabajo, desde el 30 de marzo de 2019 hasta el 31 de octubre de 2019, y se condene a la demandada a pagar prestaciones sociales, vacaciones, recargos por trabajo suplementario, recargos nocturnos y dominicales, así como el pago de los aportes a seguridad social, indemnización por despido y moratoria, extra y ultra, y costas.

Como fundamento de las peticiones señaló que celebró varios contratos de prestación de servicios en los siguientes periodos: del 30 de marzo de 2019 al 30 de abril de 2019, del 01 de mayo de 2019 al 31 de mayo de 2019, y del 01 de junio de 2019 al 31 de agosto de 2019, y posteriormente contrato de trabajo a término fijo de un año, el cual finalizó el 31 de octubre de 2019 por periodo de prueba, en los cuales desempeñó el cargo de vigilante, con remuneración de $1.300.000 mensuales, cumpliendo horario de 7:00pm a 7:00am de domingo a viernes y recibiendo órdenes

directas del administrador del edificio (fls. 17 a 24). Una vez subsanada, la demanda fue admitida el 14 de febrero de 2020 (fl. 40).

El demandado **EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H.,** al descorrer el traslado, se opuso a las pretensiones aceptando unos hechos y negando otros; precisando que el vínculo laboral inició el 01 de septiembre de 2019 y no en la fecha indicada por la parte demandante; que se le pagaron los recargos nocturnos, horas extras y dominicales; aceptó que entre las partes se celebraron varios contratos de prestación de servicios, pero manifiesta que no es cierto que se tratara de un "*supuesto contrato de prestación de servicios*", que el demandante cumplió órdenes solamente desde el 01 de septiembre de 2019, que pagó la respectiva liquidación de acreencias laborales a la finalización del vínculo y que no afilió al sistema integral de seguridad social por la petición verbal del actor para no ser desvinculado del SISBEN. Propuso las excepciones de mérito de ausencia de causa petendi, y buena fe (fls. 48 a 57).

II.- SENTENCIA DEL JUZGADO

El juzgado Civil del Circuito de Cáqueza, mediante sentencia de 8 de septiembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre TELESFORO PARRADO RINCON y el EDIFICIO AMADOR AMAYA PROPIEDAD HORIZONTAL desde el primero de septiembre de 2019 y por el término de diez meses, que se terminó el 31 de octubre 2.019, por no haber superado el periodo de prueba, condenó a la demandada EDIFICIO AMADOR AMAYA PROPIEDAD HORIZONTAL a realizar los aportes al fondo de pensiones por la vigencia de la relación laboral con base en el salario mínimo, y la absolvió de las demás peticiones.

III. RECURSOS DE APELACION

PARTE DEMANDANTE: Inconforme con la decisión, refirió: "*… Solicito señores magistrados del TSC Sala Labora que sea revocada en su totalidad la sentencia porque contrario a lo que estableció en su sentencia el juzgado de primera instancia, sí se demostró evidentemente que existió un contrato de trabajo a través de las pruebas tanto documentales como testimoniales que se practicaron dentro del proceso, se vio la existencia del contrato y de los elementos establecidos en el artículo 23, pues como primera medida se demostró la actividad personal del trabajador, ya que a voces de los testigos y el mismo representante legal del edificio y el mismo demandado quien realizaba la prestación del servicio de manera personal era el señor TELESFORO PARRADO RINCON y lo más importante es que por la actividad que desarrollaba dentro del contrato de trabajo se requería que esta fuera eminentemente personal pues era encargado de la vigilancia y recepción del edificio, lo que a todas luces hace lógico que este tipo de actividad no la podía prestar en un sitio diferente a su lugar de trabajo como evidentemente se puede hacer en un contrato de prestación de servicios, manifestó la Juez en su fallo de primera instancia que conforme directamente a los testigos había quedado demostrado que el señor había fallado más de dos o tres veces mensuales*

cuando esto realmente no quedó acreditado, efectivamente se tiene en cuenta que dentro del proceso, se estableció durante toda la relación laboral que existió entre mi poderdante faltó solamente dos noches, razón que no configura la suspensión de la prestación personal del servicio del trabajador como lo hizo la señora Juez en la primera instancia. No podemos establecer que no se prestaba el servicio simplemente porque efectivamente el señor pagó un remplazo por dos noches que no fue a trabajar durante toda la relación laboral de la prestación del servicio, simplemente fue un decir directamente de los testigos sin que se demostrara materialmente que evidentemente mi poderdante no se la pasaba allí, además que se debe tener en cuenta señores magistrados, que este tipo de actividades no se pueden contratar a través de un contrato de prestación de servicios, porque realmente la labor directamente para la que fue contratado mi poderdante era para estar vigilando, recibiendo correspondencia, abriendo y cerrando la puerta, situación que se puede hacer solo personalmente, razón por la cual no comparte el suscrito lo que dice o que hace la juez de primera instancia en el evento en que solo se limitaron a decir dos testigos de la parte demandada que el señor realmente no la pasaba directamente en su puesto de trabajo y materialmente no se demostró, se debe informar efectivamente que también la parte demandada en su testimonio de la señora Sandra titubeó al momento de indicar cuántas veces había faltado al trabajo y es apenas lógico que si el señor efectivamente no prestaba sus servicios realmente debieron haber contratado a don Nelson creo que se llamaba y no a don Telésforo, se debe tener en cuenta también que había una continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, porque efectivamente tanto en el contrato quedó establecido del supuesto contrato de prestación de servicios, como realmente en el dicho del representante legal que efectivamente él ejercía un turno de 7 de la noche a 7 de la mañana, entonces efectivamente había un horario de servicio, se exigía un horario de trabajo, lo que desdibuja totalmente lo que tiene que ver con un contrato de prestación de servicios, porque lo usual es que efectivamente dentro de un contrato de prestación de servicios pues no exista un contrato de trabajo, y en éste quedó totalmente demostrado incluso confesado por el representante legal que existía una jornada de trabajo, que por cierto sobrepasaba a leguas la máxima legal, razón por la cual efectivamente se debe decretar la existencia pues del contrato de trabajo. Es indispensable también tomar en cuenta pues no lo tuvo en cuenta la Juez de primera instancia, que evidentemente existía ese contrato de trabajo y que tanto el consejo de administración como la representante legal indicaron que ellos inicialmente contrataron por prestación de servicios excusándose en que el edificio no había obtenido personería jurídica, documentación efectivamente que era un papel que simplemente emitía la alcaldía, esto no se puede tomar como excusa para vulnerar los derechos fundamentales que le asisten a mi apoderado, en el evento que quedó totalmente claro, inicialmente la orden que se le dio al administrador a voces del doctor Riveros quien dijo se tiene que contratar por prestación de servicios y después del reconocimiento de la personería los contratamos a través de un contrato de trabajo, entonces se nota directamente la intención de que el contrato de prestación de servicios que cumplía las mismas funciones, horario de trabajo, subordinación, se trasladó a un contrato de trabajo desde el mes de septiembre y como tal quedo a consideración directamente del suscrito inconforme, en cuanto a las pruebas documentales que se allegan, evidentemente existía un contrato de trabajo, y de ahí deviene lo demás, deviene que no fueron consignadas las prestaciones sociales por el tiempo en que supuestamente no estaba por un contrato de trabajo que indico quedó totalmente demostrado porque había un horario de trabajo, subordinación y remuneración, segundo, efectivamente quedó demostrado e incluso confesado por el representante legal, que ellos no pagaron la seguridad supuestamente dentro del término de contrato de trabajo de septiembre a octubre, lo que los hace acreedores independientemente de cómo sean las circunstancias que el trabajador le haya dicho que no lo vincularan porque estaba en el SISBEN, que por cierto tampoco quedó probado, los hace directamente acreedores de la sanción del artículo 65, existe directamente una mala fe, más en el evento en que las personas en las cuales recaía la obligación de contratar, son personas que tienen la profesión de abogados, entonces existía directamente el requisito de vincularlo a su seguridad social, cosa que no ocurrió, razón por la cual efectivamente existió la mala fe y por lo menos por ese tiempo debió haberse condenado la sanción moratoria del artículo 65, en ese orden de ideas solicito muy comedidamente a los señores magistrados se revoque la sentencia de primera instancia, se valoren en concreto directamente todas las pruebas porque lo que yo veo y de manera respetuosa lo digo, es que la Juez en primera instancia efectivamente se valió del dicho de dos testigos donde se establecía que simplemente ellos dijeron que el señor no venía a trabajar, de las veces en que prestó el servicio lo prestó pocas veces y mandaba a otro señor a que le pagara el turno y le hiciera el turno, realmente la realidad es que el señor faltó dos veces al trabajo y como se hace en cualquier relación laboral porque no se podía quedar el conjunto sin ningún tipo de desprotección por parte del vigilante, pues naturalmente responsablemente lo pagaba a otra persona para que le hiciera su turno, lo cual puede pasar en cualquier tipo de relación laboral, se enfermó la señora, tuvo que ir a Bogotá como él lo dijo y pagó el turno, y como tal justificó realmente por qué el pagó los turnos, no es que él se la pasaba afuera y mandaba a otra persona a cumplir sus servicios, realmente indicó totalmente que fueron solamente dos veces, y como tal como lo indico, no se probó materialmente por parte de los testigos que él efectivamente pues faltaba e iba cuando quisiera a su trabajo, en este orden de ideas y recopilando directamente todas las pruebas que obran tanto documentales como testimoniales, solicito se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de condena de esta actuación …".

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Se corrió traslado a los apoderados de las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 15 del Decreto 806 de 2020.

La parte demandante descorrió el traslado, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, indicando que en el presente asunto sí se presentaron los elementos de un contrato de trabajo y mala fe del empleador al iniciar primero un contrato de prestación de servicios, y posteriormente uno laboral con las mismas características, que las ausencias del demandante fueron tan solo 3 o 4 veces durante toda la relación laboral para atender asuntos urgentes, indica que de la prueba testimonial no puede desvirtuarse la prestación del servicio, teniendo en cuenta que el señor Belarmino solamente iba de forma esporádica al conjunto y con su dicho no se puede establecer el tiempo en que el demandante estaba en su lugar de trabajo, que la demandada le daba órdenes al demandante, que los servicios de vigilancia no son susceptibles de contratación por modalidad de prestación de servicios sino mediante contrato de trabajo, razones por las que solicita se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, la entidad demandada igualmente presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que no existió defecto fáctico en la interpretación de las pruebas, que no se acreditó el elemento prestación personal del servicio debido a que la testigo Sandra Pardo indicó que el demandante en ocasiones contrató a alguien para que ejecutara el servicio a su nombre, que el testigo Belarmino García indicó que no estaba de manera permanente en el edificio pero cuando iba siempre encontraba a Nelson Ríos y no al demandante, que no se presentó el elemento de subordinación durante la vigencia de los contratos por prestación de servicios, que el demandante no recibía órdenes, y que no existió mala fe de la demandada.

V. CONSIDERACIONES:

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados.

Así las cosas, la controversia en esta instancia resulta de determinar si: *(i)* entre TELESFORO PARRADO RINCON en calidad de trabajador y el EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H. en calidad de empleador se configuraron los elementos esenciales de un contrato de trabajo, y en caso afirmativo, *(ii*) los extremos temporales del mismo; *(iii)* es procedente el reconocimiento de las acreencias laborales solicitadas en la demanda – *recargo por horas extras, nocturnos dominicales, festivos, primas, intereses de cesantías, sanción del artículo 65 del CST, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones-.*

En consecuencia, se procede a examinar si existió contrato de trabajo desde el 30 de marzo de 2019 hasta el 31 de octubre de 2019, o si, por el contrario, el vínculo tuvo naturaleza laboral solamente desde el 01 de septiembre de 2019 como lo manifestó la parte demandada y así lo declaró la juzgadora de primera instancia.

Del examen de los medios de prueba practicados, se colige que le asiste razón a la parte demandante al manifestar que existió entre TELESFORO PARRADO RINCON y el EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H., un único contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 31 de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2019.

Lo anterior, por cuanto quedó demostrado que durante todo el tiempo de servicios el demandante cumplió la misma labor en el cargo de vigilante, ejerciendo actividades de recepción y oficios varios, cambiando únicamente la denominación del tipo de contrato, aspecto meramente formal que no tiene incidencia en la determinación del vinculo en razón del principio de la primacía de la realidad sobre las formas de la relación de trabajo, consagrado en el articulo 53 de la C.P.

En efecto, nótese como TELESFORO PARRADO RINCON siempre prestó servicios en las instalaciones de la demandada EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H., teniendo a su cargo la obligación de garantizar la seguridad de los bienes de la copropiedad y los residentes, así como abrir y cerrar la puerta, recibir correspondencia entre otras tareas complementarias, las cuales tuvo que cumplir tanto en vigencia de los varios contratos de prestación de servicios que suscribió, como en vigencia del contrato de trabajo.

Al proceso se allegaron los siguientes medios de prueba documental: contrato de prestación de servicios CAAPH-001-2019 de 31 de marzo de 2019; contrato de prestación de servicios CAAPH-003-2019 de 30 de abril de 2019; contrato de prestación de servicios CAAPH-005-2019 de 31 de mayo de 2019; contrato de prestación de servicios CAAPH-007-2019 de 30 de junio de 2019; contrato de prestación de servicios CAAPH-009-2019 de 31 de julio de 2019; y contrato de trabajo a término fijo (ilegible); asimismo carta de terminación de contrato de 30 de octubre de 2019 por periodo de prueba; comprobantes de pago de salarios y liquidación de prestaciones; citación a audiencia de conciliación a la demandada de fecha 13 de noviembre de 2019; copia de afiliación del demandante al régimen subsidiado en salud de 15 de enero de 2020.

El representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte, JOSE IGNACIO RIVERA, manifestó que al demandante se le informó que inicialmente su contrato era civil, que "*no hay dinero para pagarle prestaciones sociales, usted trabaja desempeñando esa actividad, lo importante es que usted responda por la vigilancia y seguridad del edificio en las horas de la noche desde la hora que se pacta hasta la hora que se pacta durante 6 días a la semana y un día descansaría él porque se acordó eso*", así mismo, manifestó que entre el 31 de marzo

de 2019 y el 31 de octubre de 2019 los servicios fueron prestados por el demandante a favor del EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H.

Sobre la manera como se realizó la prestación de servicios el testigo LUIS JAIRO PARDO CIFUENTES, indicó que las labores que prestó el demandante fueron las de celador y portero, y veces ayudaba a mantener el jardín; SONIA PATRICIA PARDO CIFUENTES señaló que el demandante ejerció las actividades de celador, recepción y oficios varios, las cuales fueron iguales en vigencia de los contratos civiles y el contrato laboral; SANDRA ALICIA PARDO manifestó que el demandante estaba a cargo de la portería y de la seguridad del edificio; y finalmente, BELARMINO GARCIA indicó que fue contratado para estar en la portería, abrir los garajes y recibir correspondencia.

A su turno, el representante legal de la demandada indicó en interrogatorio de parte que las funciones que desempeñó el demandante durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios fueron las de *"garantizar la seguridad de los inmuebles del edificio AMADOR AMAYA, de sus coproprietarios residentes y de sus bienes, en un horario entre las 7 de la noche y las 7 de la mañana"*

Así las cosas, de los medios de prueba reseñados se evidencia la prestación de servicios personales del demandante a favor de a demandada, motivo por el cual opera la presunción establecida en el articulo 24 del C.S.T, en consecuencia, debe tener por demostrada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo a la parte demandada la carga de desvirtuar la existencia del contrato de trabajo

Estimo el a quo que no se demostraba la existencia del contrato de trabajo porque el demandante se ausento unos días del lugar de trabajo, sin embargo de advierte que la circunstancia de que el actor durante el periodo que prestó servicios bajo los denominados contratos civiles de prestación de servicios, hubiese dejado de laborar y que lo reemplazo el señor Nelson, debe advertirse que tales ausencias fueron esporádicas y de las mismas no se puede colegir autonomía o independencia en la realización de las labores. En efecto, sobre el particular, el declarante LUIS JAIRO

PARDO CIFUENTES, indicó que se dio cuenta de que el demandante pidió que le cubrieran el turno "*dos o tres veces*".

La testigo SANDRA ALICIA PARDO, que faltó a su lugar de trabajo en promedio 3 veces al mes. A su turno, el representante legal de la demandada, indicó que las ausencias fueron aproximadamente unas 3 o 4 al mes, con lo cual si bien existieron no acreditan esa autonomía o independencia que debe expresarse en la ejecución de las actividades desarrolladas, a lo sumo de las ausencias podría colegirse incumplimiento de la jornada, pero debe señalarse que el mismo se ejecutó con la aprobación de la parte demandada.

De otro parte, sobre el argumento para no reconocer la existencia del contrato de trabajo desde el inicio de la relación laboral y justificar el cambio al contrato de contrato, en el sentido de que inicialmente no se contaba con la inscripción de la personería, la cual solo se obtuvo desde el primero de septiembre de 2019, tampoco resulta admisible toda vez que de conformidad con lo dispuesto en la ley 675 de 2001 en materia de propiedad horizontal, la personería jurídica se adquiere con el registro de las escrituras públicas ante la oficina de registro de instrumentos públicos, mientras que la inscripción ante la alcaldía corresponde a un trámite posterior para efectos de registro y certificación.

Además, como del medio de prueba documental allegado, contratos civiles, se evidencia que quien contrato los servicios fue la propiedad horizontal EDIFICIO AMADOR AMAYA, y de la misma certificación emitida por la alcaldía se colige que desde el 26 de marzo de 2019, el consejo de administración viene actuando.

Sobre este tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2345-2020, radicación N° 49202, en la que se indicó:

> "… *En el artículo 4, se clarificó que un edificio o conjunto se somete al régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.* ***Con tal inscripción, surge la persona jurídica a que se refiere esa ley***.
>
> *En el artículo 8, se reguló la certificación sobre existencia y representación legal de la persona jurídica. Estableció que la inscripción y posterior certificación sobre la existencia y representación*

legal de las personas jurídicas a las que alude esta ley, corresponde al alcalde municipal o distrital del lugar de ubicación del edificio o conjunto, o a la persona o entidad en quien este delegue esta facultad.

Estipuló que la inscripción se realiza mediante la presentación ante el funcionario o entidad competente de la escritura registrada de constitución del régimen de propiedad horizontal y los documentos que acrediten los nombramientos y aceptaciones de quienes ejerzan la representación legal y del revisor fiscal…" M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

En consecuencia, de los medios de prueba allegados no se evidencia que el demandado desvirtuó la presunción, pues no se acreditó que la labor cumplida materialmente por el demandante lo fuera de manera autónoma e independiente, por lo tanto, se revocará la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar que entre las partes existió una relación laboral de carácter contractual laboral desde el 31 de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2019.

Al haberse declarado la existencia de un contrato de trabajo, surge automáticamente la obligación del empleador de reconocer las acreencias causadas en vigencia del mismo.

Dentro del proceso reposan comprobantes de egreso que soportan el pago de la liquidación de acreencias laborales del periodo comprendido entre el 01 de septiembre y el 31 de octubre de 2019, así como de los recargos causados, pagos que para dicho periodo fueron aceptados por el mismo trabajador en el interrogatorio de parte.

Por lo anterior, se condenará a la entidad demandada, al pago de las cesantías, primas de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones dejadas de cancelar, en el periodo comprendido entre el 31 de marzo de 2019 y el 30 de agosto de 2019, con una base salarial de $1.239.370 (monto pactado en los contratos de prestación de servicios que reposan en el expediente) de la siguiente forma:

CESANTIAS	$826.246.66
INTERESES A LAS CESANTIAS	$66.099.73
PRIMAS DE SERVICIOS	$826.246.66
COMPENSACION VACACIONES	$413.123.33

A folio 11 del expediente, se observa comprobante de egreso en donde se pago como cesantía $173.60.oo intereses $3.530, vacaciones $86.815.oo y prima $173.630.oo, para un valor total de $437.605.oo, suma que será descontada.

Así las cosas, se condenará a pagar a la demandada la suma de $2.454.258.31

Ahora bien, solicita la parte demandante el reconocimiento de recargos por horas extras, nocturnos y dominicales causados durante la relación laboral.

Al respecto, se aprecia que si bien en los contratos de prestación de servicios se pactó que el servicio sería prestado de 7:00 pm a 7:00 am. No obstante, como se analizó en líneas anteriores, los testigos fueron uniformes en manifestar que, en algunas ocasiones, el demandante cambió su turno con otra persona. Así mismo, en interrogatorio de parte practicado al demandante, éste aceptó que se ausentó algunas veces durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios, por lo anterior no se puede establecer con certeza la jornada que cumplió efectivamente el demandante los días que laboró, por lo que la parte demandante no cumplió con su carga de acreditar los recargos solicitados en la demanda, pues no basta con hacer una solicitud genérica de reconocimiento y pago de los mismos, sino que debe desplegarse una actividad probatoria en este sentido, pues no puede la Sala hacer suposiciones o cálculos estimados sobre cuáles podrían ser los eventuales recargos causados.

La prueba de los recargos debe ser de tal claridad, que quede demostrado en qué días se presentaron estos recargos, y de qué hora a qué hora se prestó el servicio, frente a lo cual, dentro del expediente no medio de obra prueba, pues la jornada pactada en el contrato no acredita los horarios en que materialmente prestó el servicios, máxime cuando por el contrario, como se dijo, quedó demostrado que en algunas ocasiones el demandante se ausentó de su lugar de trabajo.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado:

> "*… Se impone dejar clara la doctrina de esta Corte, en cuanto a que al promotor del proceso le atañe demostrar a más de la prestación personal del servicio, otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos (contrato realidad), verbigracia el extremo temporal de la relación, el monto del salario,* ***su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega****, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros…*" (subrayado fuera de texto) Sentencia SL4116-2020, radicación N° 79351 de 19 de agosto de dos mil veinte (2020), M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 32634 del 29 de septiembre, de 2009:

> "*…no existe la acreditación del trabajo suplementario realizado por el hoy demandante, tal como lo exige la jurisprudencia nacional en cuanto dice de manera repetida que la prueba para demostrar el trabajo suplementario* ***debe ser de una definitiva claridad y precisión ya que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable da horas extras trabajadas*** *(sent. mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 15/50, mar. 15/52 y dic. 18/53), entre muchas otras.*
> *"es decir, que cuando el demandante del pago de trabajo extraordinario pretenda la satisfacción del mismo debe acreditar el número de horas trabajadas dentro de la empresa, especificando su valor y los días en que estos fueron laborados, con el fin de que se pueda hacer su reconocimiento…*" (subrayado fuera de texto)

Así las cosas, no se accederá a la condena en relación con los recargos por horas extras, trabajo nocturno, dominical y festivo.

Solicita el demandante el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa. Al respecto, la Juez de primera instancia absolvió a la entidad demandada, dado que se pactó un periodo de prueba de una cuarta parte de la duración del contrato a término fijo, y la demandada manifestó que ésta fue la causa de la terminación.

Como se dejó señalado anteriormente, la relación de trabajo se inició con anterioridad a la suscripción del contrato de trabajo en donde se estableció el periodo de prueba, es decir, que el demandante, venia prestando sus servicios, es decir que las partes ya conocían como se desarrollaba las labores, por lo tanto, no resulta valida la celebración de dicho pacto de periodo de prueba.

No sobra señalar que los contratos fueron celebrados por periodos determinados de forma sucesiva, sin que se hubiera presentado solución de continuidad entre los mismos. Así las cosas, se trató en realidad de un contrato de trabajo a término fijo,

prorrogado automáticamente por periodos iguales o inferiores al inicialmente pactado, con el siguiente detalle:

- Vigencia inicial del contrato: 31 de marzo a 30 de abril de 2019.
- Primera prórroga: 01 de mayo a 31 de mayo de 2019.
- Segunda prórroga: 01 de junio a 30 de junio de 2019.
- Tercera prórroga: 01 de julio a 31 de julio de 2019.
- Cuarta prórroga: del 01 de agosto de 2019 al 31 de julio de 2020 (el cual fue finalizado de forma anticipada y unilateral por parte del empleador).

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula los contratos por duración determinada, indicando que tratándose de contratos a término fijo inferior a un año, las partes pueden prorrogar el contrato por un periodo igual o inferior al inicialmente pactado hasta por 3 veces, al cabo de los cuales la prórroga no podrá ser inferior a 1 año, límite que no fue respetado con la suscripción de los múltiples contratos como se citó en precedencia.

Así, al haberse finalizado el contrato de forma unilateral por parte del empleador, por un periodo de prueba ineficaz, teniendo en cuenta que al haber iniciado la relación laboral el 31 de marzo de 2019, se ordenará el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, equivalente a los salarios que hicieren falta para la terminación de la última prórroga, y desde la fecha en que la demandada finalizó el contrato, esto es, desde el 01 de noviembre de 2019 hasta el 31 de julio de 2020, que se liquidara teniendo en cuenta el promedio devengado de $1.239.370 sobre el arrojado un total de **$11.154.330.oo**

Solicita además la parte demandante se declare que existió mala fe del empleador, y por lo tanto se condene al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no opera de forma automática, sino que

debe demostrarse el proceder de la demandada, y en el evento de demostrar que ha actuado de buena fe de le puede eximir de la mismas.

Así lo ha sostenido reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la CSJ SL radicado 32416 de 21 de septiembre de 2010, SL 11436-2016 radicado 45536 de 29 de junio de 2016, entre otras.

Sin embargo estima la Sala, que en el asunto bajo examen la demandada no acredito la buena fue, pues si en inicialmente las partes suscribieron contrato de prestación de servicios, ese simple hecho no es suficiente para eximirla de la sanción pues como se dijo no existía fundamento fáctico válido para que la relación tuviese inicialmente esa denominación, como se dejó señalado, circunstancia por la cual se condenará a la demandada a pagar la indemnización moratoria, por el termino de 24 meses contados a partir de la terminación del contrato de trabajo, es decir a partir del 1 de noviembre de 2019, a razón de la suma diaria de $41.312.33 (tomando como base el ultimo salario promedio devengado), y después del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando se realice el pago de los debido por prestaciones sociales, salvo que la demandada cancele lo debido en fecha anterior al cumplimiento de los veinticuatro meses, fecha hasta la cual operara dicha sanción.

Finalmente, solicita el demandante se ordene el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones dejados de pagar afiliar y realizar los respectivos aportes al sistema de seguridad social integral, carga que no se cumplió en el presente asunto ni durante el periodo en que los contratos fueron denominados como de prestación de servicios, ni durante el periodo en que fue denominado como de trabajo. Esto, tal como se aceptó en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte de la demandada, frente a lo cual ha de indicarse, que no es válido que el empleador se sustraiga de tales obligaciones a solicitud del trabajador, al tratarse de normas de orden público y de carácter irrenunciable.

Nótese además cómo la demandada no dio cumplimiento a su obligación de verificar que el "contratista" hubiera realizado el pago de los aportes al sistema de seguridad social sobre el valor de los "honorarios" devengados, tal como lo consagra el artículo 26 de la ley 1393 de 2010, normativa que dispone que "*la celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al sistema de protección social*".

Teniendo en cuenta la reglamentación vigente en materia de seguridad social en pensiones (Ley 100 de 1993, artículo 22), el empleador será responsable del pago de su aporte y de los trabajadores a su servicio. Así también, conforme el contenido del artículo 9° literal d y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional del demandante.

Por lo anterior, se condenará a la demandada a realizar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 31 de marzo de 2019 al 31 de octubre de 2019, de conformidad con el cálculo actuarial que para tal efecto realice el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, y para lo cual deberá tenerse en cuenta el ingreso base de cotización según lo que haya devengado el trabajador en cada mes, con el siguiente detalle:

- Entre el 31 de marzo de 2019 y el 30 de agosto de 2019, sobre un ingreso base de cotización de **$1.300.000** (valor de la remuneración mensual pagada).
- Entre el 01 y el 30 de septiembre de 2019 **$1.053.280** (conforme a los comprobantes de pago allegados al plenario para dicho mes, obrantes a folio 46).
- Entre el 01 y el 31 de octubre de 2019 **$1.061.680** (conforme a los comprobantes de pago allegados al plenario para ese mes, obrantes a folio 11 y 46).

Agotado el temario de apelación, se revocará en su totalidad la decisión que se revisa, toda vez que el tribunal como Corporación de segunda instancia, solo tiene competencia para pronunciarse sobre los temas planteados, por tanto, no puede estudiar aspectos que no fueron cuestionados.

Sin costas en esta instancia, las de la primera serán a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
2. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el señor **TELESFORO PARRADO RINCON y EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H**., desde el 31 de marzo de 2019, el cual finalizó el día 31 de octubre de 2019 de forma anticipada y unilateral sin justa causa por parte del empleador.
3. **CONDENAR** al **EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H.** a pagar a favor del demandante por acreencias laborales la suma de $2.454.258.31
4. **CONDENAR** al **EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H**. a pagar al demandante por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de $11.154.330.oo.
5. **CONDENAR** a la demandada a pagar la indemnización moratoria, por el termino de 24 meses contados a partir de la terminación del contrato de trabajo, es decir a partir del 1 de noviembre de 2019, a razón de la suma diaria de $41.312.33 (tomando como base el último salario promedio devengado), y después del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando se realice el pago de los debido por prestaciones sociales, salvo que la demandada cancele lo debido en fecha anterior al cumplimiento de los veinticuatro meses, fecha hasta la cual operara dicha sanción.

6. **CONDENAR** al **EDIFICIO AMADOR AMAYA P.H.** a realizar el pago de los aportes al sistema de seguridad social al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, de la siguiente forma:

   - Entre el 31 de marzo de 2019 y el 30 de agosto de 2019, sobre un ingreso base de cotización de **$1.300.000**.
   - Entre el 01 y el 30 de septiembre de 2019, sobre un ingreso base de cotización de **$1.053.280.**
   - Entre el 01 y el 31 de octubre de 2019, sobre un ingreso base de cotización de **$1.061.680.**

7. **ABSOLVER** a la demandad de las demás pretensiones solicitadas.
8. **SIN COSTAS** en esta instancia, dada la prosperidad del recurso.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA SENTENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado
Salvamento parcial de voto

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA