

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001-2019-00012-01
Demandante: **RAMÓN ANTONIO CÁRDENAS GUTIÉRREZ**
Demandado: **CONSTRUCCIONES AREM S.A.S Y CONSTRUCTORA MMVR S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los 11 **DIAS DEL MES DE MARZO DE 2021**, la sala de decisión que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir 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 deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes – demandante y accionada-, contra la sentencia de 10 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I ANTECEDENTES.

RAMÓN ANTONIO CÁRDENAS GUTIÉRREZ demandó a **CONSTRUCCIONES AREM S.A.S.** y solidariamente a **CONSTRUCTORA MMVR S.A.S.**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare la existencia de contrato de trabajo entre las partes vigente entre el 20 de abril de 2017 y el 10 de noviembre de 2017, que las bonificaciones y primas recibidas por el trabajador son constitutivas de salario, así como la responsabilidad solidaria de **CONSTRUCTORA MMVR S.A.S.** en los términos del artículo 34 del C.S.T.; en consecuencia se condene a las demandadas a pagar por cesantías la suma de \$875.000, por intereses a las cesantías la suma de \$105.000, por prima de servicios la suma de \$875.000, por compensación de

vacaciones la suma de \$875.000, todo por el período comprendido entre el 20 de abril de 2017 y el 10 de noviembre de 2017, por indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T. la suma de \$1.500.000, por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. la suma de \$21.000.000 tasada a la fecha de presentación de la demanda, los aportes a seguridad social en pensión con el verdadero salario devengado que fue la suma de \$1.500.000, por indemnización plena de perjuicios la suma de \$70.000.000 al tenor del artículo 216 del C.S.T., por concepto de incapacidad para el mes de mayo de 2017 la suma de \$868.000, por concepto de incapacidad para el mes de junio de 2017 la suma de \$806.000, por concepto de incapacidad para el mes de julio de 2017 la suma de \$990.000, por concepto de incapacidad para el mes de agosto de 2017 la suma de \$990.000, por concepto de incapacidad para el mes de septiembre de 2017 la suma de \$608.200, por concepto de incapacidad para el mes de octubre de 2017 la suma de \$227.000, por concepto de incapacidad para el mes de noviembre de 2017 la suma de \$683.000, ultra y extra petita, y costas del proceso. De manera subsidiaria a la petición declarativa principal número 1, solicita que se declare la ineficacia de la terminación de la relación laboral, por estar bajo la figura de estabilidad laboral reforzada, en atención a la solicitud de la declaratoria del extremo final en la petición declarativa principal número uno y se condene de manera subsidiaria a las peticiones de codena 5 y 6 al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir por virtud y ocasión del reintegro y el pago de 180 días de salario por la desvinculación sin autorización de la autoridad administrativa del trabajo.

Como fundamento de las peticiones, expuso que entre el demandante y CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. existió contrato laboral a término indefinido, a través del cual ejerció el cargo de OFICIAL DE CONSTRUCCIÓN para laborar en la obra OFFICE CENTER. Devengó como último salario la suma de \$1.500.000 mensuales, que laboró en el municipio de Chía – Cundinamarca, último lugar de la prestación del servicio. Que fue desvinculado sin justa causa el 10 de noviembre de 2017. Que para abril de 2017 recibió como remuneración la suma de \$431.346, para mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2017 recibió la suma de

\$1.412.454 por concepto de salario y para noviembre de 2017 recibió por concepto de salario la suma de \$817.000; ante el Juez Segundo Municipal de Chía dentro de la acción de tutela No. 2017-00602 el representante legal de CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. confesó que el demandante devengaba además de salario, recibía dineros no constitutivos de salario; que las primas devengadas mensualmente entre el 20 de abril de 2017 y el 10 de noviembre de 2017 son constitutivas de salario; fue desvinculado sin justa causa encontrándose incapacitado por orden médica; sufrió accidente laboral el día 24 de mayo de 2017; el Juzgado Segundo Municipal de Chía dentro de la acción de tutela No. 2017-00602 tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social; que CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. desvinculó al demandante sin autorización del Inspector del Trabajo; las incapacidades causadas entre el 20 de abril de 2017 y el 10 de noviembre de 2017 fueron cubiertas con salario mínimo legal mensual vigente; cotizó a seguridad social durante la vigencia del contrato de trabajo sobre el salario mínimo legal mensual vigente; CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. adeuda la diferencia por concepto de incapacidades por los meses de mayo a noviembre de 2017; también adeuda la diferencia por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones; la demandada CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. omitió suministrar al demandante los elementos de protección y seguridad; que entre CONSTRUCTORA MMVR S.A.S., y CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. existió un vínculo contractual para el período comprendido entre el 20 de abril de 2017 al 10 de noviembre de 2017; la sociedad CONSTRUCTORA MMVR S.A.S. desarrolló y ejecutó el proyecto inmobiliario OFFICES CENTER CHIA para lo cual contrató a CONSTRUCCIONES AREM S.A.S., sociedad que vinculó al demandante; por lo tanto CONSTRUCTORA MMVR S.A.S. se benefició de la obra desarrollada por el demandante por el período comprendido entre el 20 de abril de 2017 y el 10 de noviembre de 2017. Que tanto el objeto social de CONSTRUCTORA MMVR S.A.S. como el de CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. es el de construcción de obra civil y que CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. suministró personal para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario OFFICES CENTER CHÍA. La demanda admitida el 7 de marzo de 2019 (fl. 39).

Las sociedades accionadas recorrieron el traslado presentando escritos de contestación que fueron inadmitidos a través de auto del 20 de junio de 2019 y se les concedió el término de cinco días para subsanar las deficiencias indicadas (fl. 39), sin embargo, como no presentaron subsanación, el Juzgado mediante providencia del 15 de agosto de 2019, tuvo por no contestada la demanda (fl. 113)

II.- SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia de 10 de julio de 2020, declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la accionada CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. desde el 20 de abril de 2017 hasta el 10 de noviembre de 2017 y condenó a las demandadas CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. y CONSTRUCTORA MMVR S.A.S. a reconocer y pagar de manera solidaria la suma de \$787.585 por concepto de cesantías, \$787.585 por concepto de prima de servicio, \$393.792 por concepto de vacaciones, \$94.510 por concepto de intereses sobre las cesantías, \$94.510 por concepto de sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, \$1.446.586 por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo de conformidad con el artículo 64 del C.S.T. y la sanción moratoria por \$48.219 diarios a partir del 10 de noviembre de 2017 teniendo en cuenta la interpretación de la Corte Constitucional y que el actor devengaba un salario superior al salario mínimo mensual legal vigente. Condenó a CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. a reconocer y pagar al demandante la diferencia en el pago de aportes al sistema de seguridad social (pensiones), que se hubieren causado para el período comprendido entre el 20 de abril de 2017 y el 10 de noviembre de 2017 en el fondo que acredite estar afiliado, diferencia que corresponderá entre el salario mínimo mensual legal vigente y el salario real que fue de \$1.446.586. Finalmente condenó de manera solidaria a las demandadas a pagar las costas del proceso (Audio y acta, fls.139 – 142).

III. RECURSOS DE APELACION:

DE LA PARTE DEMANDANTE: Inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación en los siguientes términos: *“...Se interpone recurso de apelación como quiera que la seguridad social o los aportes a seguridad social deben también extenderse o esa obligación también debe extenderse al responsable solidario como quiera que este es un derecho del trabajador y no se puede parcializar los derechos de los trabajadores frente a la solidaridad, en ese sentido solicito al Honorable Tribunal también se condene a CONSTRUCTORA MMVR S.A.S. al pago de los correspondientes aportes, desde el sentido de que no aparezca esta como aportante sino como*

obligada a pagar en favor del trabajador. También solicito al Honorable Tribunal se condene o se acceda a la indexación de los pagos, que se condene al pago indexado de las vacaciones y de la indemnización de que trata el artículo 64 y la prima de servicios, toda vez que la indexación es una consecuencia natural que así no se haya pedido no es justo para el trabajador porque el sistema requiere que las sumas sean actualizadas; en ese sentido queda sustentado el recurso de apelación.”

DE LA PARTE DEMANDADA: Su desacuerdo lo hizo consistir en que: “...De los puntos por los cuales el fallo condena a mis representadas, el salario mínimo del año 2017 del 20 de mayo al 10 de noviembre de ese año, los cuales se le pagaron, aparecen con unos pagos adicionales por no considerar que constituyen salario, sino que si constituyen, considero todo lo contrario, pido que se revise y se observe que tanto la seguridad social en sus documentos de informe cuando fue vinculada a la tutela así lo manifestó recibir pagos y recibirlos sobre un salario que el trabajador nunca desconoció, o sea estaba aceptando tácitamente que unas sumas diferentes a lo que era salario no tenían carácter salarial, porque si no entonces el descuento de su aporte hubiera sido otro y así mismo el pago de ese aporte durante todo el tiempo que duró vinculado a la empresa, lo cierto, ese sería un punto de la objeción al fallo para que se revise y se analice y de acuerdo a lo que está probado no existe otro elemento que nos conduzca a demostrar lo contrario y en cuanto a la solidaridad realmente si se ha de condenar a AREM o a AREN, como lo dijo usted en su fallo si es cierto, CONSTRUCTORA MMVR autorizó el ingreso y el servicio se prestó para esa entidad, por lo tanto en ese sentido no habría ninguna objeción, sólo en cuanto a que se revise la obligación de pagar valores diferentes, el valor del depósito que se hizo, se hizo porque antes de terminarse la relación laboral con el trabajador esto fue el 11 de noviembre se notificó a AREM LTDA la existencia de una tutela para que se le pagaran unas acreencias por concepto de las incapacidades presuntamente según el accionante no pagadas, lo cual demostró y está también demostrado en este proceso que no es cierto si se le pagaron, a raíz de esa situación fue cuando se produjo la desvinculación el 10 de diciembre, porque habiendo sido la última incapacidad con corte a 11 de noviembre, observen que hubo un mes casi de diferencia durante el cual el trabajador tampoco se presentó a trabajar, él no trabajó hasta el 10 de diciembre, fue hasta el 11 de noviembre inclusive y así siendo las cosas AREM le pago un mes más sin tener incapacidad, por lo tanto no es que el trabajador no es que tenga derecho a una indemnización de esa naturaleza ni a que se le reconozcan valores sobre esos conceptos de no habersele pagado salarios, de no habersele liquidado sobre valores diferentes a los que realmente era el que devengaba, entonces Señora Juez pues no tengo a mano ahorita más soportes de los que en el mismo expediente se puedan observar y que puedan ser recibidos por los Honorables Magistrados de la Sala Laboral que conozca de esta segunda instancia.”

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado del demandante en los alegatos de conclusión manifiesta que la sentencia debe ser revocada parcialmente para que el responsable solidario también responda por los aportes a pensión, no porque sea el empleador, sino porque es garante de las obligaciones adquiridas por aquel, por lo que en la parte resolutive debe hacerse la salvedad en no calificar al responsable solidario como empleador para lo cual debe hacerse la aclaración al respectivo fondo. Solicita que se acceda a la indexación de las condenas por indemnización del artículo 64 del C.S.T. y vacaciones, pues a pesar de no haberse solicitado, la corrección monetaria es una consecuencia natural que busca actualizar el valor adquisitivo y que así no lo soliciten las partes, operan de pleno derecho. Agrega que el demandado debe hacer un despliegue probatorio y no sólo hacer manifestaciones doctrinarias o jurídicas, pues las indemnizaciones moratorias tienen un objetivo netamente preventivo y no correctivo, bajo ese derrotero las demandadas no lograron probar que su actuar estuviera revestido de buena fe, además que tal punto no fue objeto de inconformidad. Sobre el recurso presentado por la parte demandada indica que en este no se cuestionaron los extremos temporales, tampoco se cuestionó la solidaridad ni la mala fe con la que actuó la accionada y que mostró inconformidad sobre las cuantías de condena y sobre un depósito judicial y que los argumentos dados por el apoderado de las demandadas no pueden verter un efecto adverso sobre lo ya decidido, toda vez que las pruebas recaudadas dan cuenta de los soportes fácticos evidenciados por la juez de primera instancia. En cuanto a la fecha de inicio del contrato debe tenerse el 20 de abril de 2017 tal como fue afirmado en la demanda y en la contestación, aunado a ello se encontró acreditado que la fecha de terminación fue el 10 de noviembre de 2017 y no el 31 de diciembre de 2017, pero que de aceptarse una u otra fecha lo cierto es que los extremos temporales se encuentran acreditados. Sobre el salario dice que fue el acreditado en primera instancia pues basta con examinar en conjunto las documentales aportadas, relación de pagos y lo confesado por los representantes legales y además debe tenerse en cuenta que la demanda se dio por no contestada, conducta que permite inferir que las demandadas no ejercieron defensa alguna, ni existen soportes que permita derruir el fallo de primera instancia. Sobre el depósito judicial realizado por la parte demandada afirma que la suma fue consignada el día 5 de marzo de 2018 mucho tiempo después de la finalización de la relación laboral, dinero que nunca fue puesto a disposición del trabajador y el empleador nunca permitió o autorizó el pago o importe al patrimonio del trabajador, por lo que no puede de ninguna manera generar efectos liberatorios de la indemnización moratoria, sumado a ello, la suma consignada no satisface el pago total de la liquidación. Solicita que se adicione la sentencia de primera instancia y se condene a las demandadas al pago de \$656.108 contenida en el depósito judicial y que da cuenta de la liquidación parcial, que compromete derechos ciertos e irrenunciables, que tal valor fue tenido en cuenta por la falladora de primer grado, pero no ordenó su pago, además que las demandadas no propusieron la excepción de pago que es rogada. Finalmente afirma el Tribunal está facultado para ordenar pagos no puestos a consideración en la alzada, toda vez que tienen que ver con derechos ciertos e irrenunciables y que el supuesto fáctico que da origen a la declaratoria de reconocimiento fue debatido y probado en segunda instancia.

El apoderado de las accionadas en los alegatos presentados afirma que el contrato de trabajo entre el demandante y Construcciones AREM S.A.S., inició el 20 de abril de 2017 y terminó el 10 de noviembre de 2017, aspecto que no fue objeto de controversia entre las partes y no fue debatido por el demandado, porque éste en aras de responder por las obligaciones derivadas de la relación laboral, ha obrado de buena fe para demostrar con claridad y satisfactoriamente sus deberes durante el período efectivamente laborado por el demandante. Sobre la ejecución del contrato de trabajo dice que el demandante fue incapacitado de manera continua desde el 24 de mayo al 10 de noviembre de 2017, fecha de vencimiento de la última incapacidad presentada por el trabajador y a partir de la cual no acreditó más incapacidades ni

regresó al lugar donde Construcciones AREM S.A.S. desarrollaba sus actividades con el personal de trabajo contratado, ni presentó excusa para considerar que de su parte existía algún interés en continuar laborando. Que al proceso se incorporaron entre otras documentales, los comprobantes de pago realizados por el representante legal de Construcciones AREM S.A.S. a favor del trabajador y sobre estos consideró el Juzgado que exceden el salario mínimo mensual legal vigente y por lo tanto habría lugar a ajustar la liquidación de prestaciones sociales y los aportes a seguridad social, lo que fue motivo de inconformidad y sobre el cual el demandante pretende se le reconozcan brazos caídos. Realiza el cálculo de los valores pagados por la demandada para concluir que Construcciones AREM S.A.S., no solo pagó los salarios al trabajador, sino que con posterioridad a la terminación le pagó sumas de dinero por prestaciones sociales en un monto que excede el valor de las mismas, para lo cual realiza la liquidación de prestaciones tomando como salario el valor del mínimo legal y manifiesta que los valores pagados exceden el valor que realmente se adeudaba al demandante por concepto de prestaciones sociales y no habría lugar a ningún otro pago por estos conceptos. Sobre los aportes al sistema de seguridad social y respecto de los cuales el juzgado dispuso el reajuste, solicita que se revoque esta condena porque con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo por vía de tutela solicitó la protección de sus derechos y el pago de presuntos salarios durante la incapacidad, sobre lo cual se pronunció Construcciones AREM S.A.S., acreditando debidamente relacionados los pagos y además, sobre la seguridad social existe certificación de la Nueva EPS según la cual a esa fecha se encuentran pagados los respectivos aportes (salud, pensión y ARL) cotizados sobre el salario mínimo, siendo esta suma el ingreso base de cotización. Que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 señala que el IBC de cada empleado será su salario mensual, el cual nunca fue cuestionado por el trabajador, precisamente porque aceptaba y reconocía que así estaba siendo pactado y por consiguiente cualquier otra suma pagada a su favor por que constituía, según lo ha dicho la Corte "...la prestación básica correlativa al servicio". Que atendiendo a que no existen pagos salariales adeudados al trabajador y que con posterioridad a la terminación del contrato, se realizaron otros pagos al trabajador por prestaciones sociales cuyo valor supera la liquidación de los siete meses, no habría lugar a ningún otro pago que dar a su favor ni reconocer brazos caídos, pues no puede decirse que hubo mala fe, porque están acreditados los pagos de liquidación en diciembre de 2017, más el pago mediante depósito judicial que si bien es cierto que se hizo porque un Juez de Tutela lo ordenó, no debe desconocerse ni incrementarse lo no debido al trabajador, pues la liquidación que por el período realmente cumplido y laborado nunca da más de lo que por tales conceptos se le pagó. Solicita que se revoque o reforme la decisión de primera instancia en el sentido de exonerar a los demandados de cualquier pago adicional o complementario por reliquidación de prestaciones ya consignadas, así como cualquier otra condena en su contra. Alegó con el escrito de alegatos comprobantes de pagos de seguridad social realizados por Construcciones AREM S.A.S. y relación de pagos por salarios y prestaciones sociales hechos con posterioridad.

V. CONSIDERACIONES:

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuesto por las partes, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Antes de entrar a analizar los puntos de apelación, se advierte que en el alegato de conclusión el apoderado del demandante, solicita se adicione la sentencia, para lo cual manifiesta "...Ruego al Despacho se sirva condenar a las demandadas al pago de \$656.108, suma esta contenida en el depósito judicial y que da cuenta de la liquidación parcial, que compromete derechos ciertos e irrenunciables, lo anterior obedece a que tal valor fue tenido en cuenta por la falladora de primer grado pero no ordeno su pago, además porque no podía hacerse toda vez que las demandadas no propusieron la excepción de compensación, siendo esta una excepción rogada".

A su turno también se advierte que el apoderado de la parte demandada en los alegatos expone que no habría lugar a reconocer brazos caídos y que no hubo mala fe por parte de sus representadas porque están acreditados los pagos de

liquidación en diciembre de 2017, más el pago mediante depósito judicial y allega unos documentos.

Sobre tales manifestaciones expresadas en los alegatos de conclusión como se dijo, no resultan procedentes, pues de una parte respecto a los documentos allegados no se dan los supuestos fácticos previstos en el artículo 83 del CPTSS, que dé lugar a valorar los documentos incorporados, pues estos no fueron pedidos ni decretados en primera instancia; y respecto a las otras manifestaciones del demandante y del demandado reseñadas, debe recordarse, que la oportunidad concedida de presentar alegatos en esta instancia, va encaminada a que se refuerce o profundice sobre los argumentos –fácticos y jurídicos- expuestos inicialmente al interponerse el recurso, más no para agregar situaciones o aspectos sobre los que no se aludió en oportunidad, y, sobre la solicitud de adición que formula el apoderado del demandante, debe recordarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 287 del C.G.P., el juez de segunda instancia puede complementar la sentencia del inferior, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado y sobre este punto se advierte que la parte demandante no realizó ningún reparo.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación la controversia en esta instancia resulta de determinar si: *(i)* es procedente extender la condena por pago de diferencias en los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a la demanda CONSTRUCTORA MMVR S.A.S., *(ii)* debe ordenarse la indexación de las condenas por vacaciones, indemnización por despido y prima de servicio; *(iii)* los pagos adicionales que recibió el demandante constituyen factor salarial y; *(iv)* la liquidación final de prestaciones sociales en la que se incluyó un mes más sin prestación del servicio compensa la diferencia salarial.

En el presente asunto atendiendo las manifestaciones de las partes; se observa que no hubo reparo alguno respecto a la existencia de la relación laboral, regida por contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 20 de abril de 2017 y

el 10 de noviembre de 2017, lo que se corrobora con el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada CONSTRUCTORA AREM S.A.S., en el cual aceptó que el demandante fue vinculado mediante contrato verbal para prestar sus servicios en la obra OFFICES CENTER CHIA, así como de la liquidación de prestaciones sociales que aparece a folios 57 y 58.

Respecto del primer punto de la apelación de la parte demandada, y que se refiere a que los pagos adicionales que recibía el demandante no constituyen salario por cuanto aceptó tácitamente en el trámite de la acción de tutela que esas sumas adicionales no eran parte de su remuneración, considera la Sala que no tiene razón la parte demandada, pues si bien es cierto que en la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Chía el 1º de diciembre de 2017 se concluyó que las incapacidades del demandante debían pagarse sobre el valor de \$737.717, también lo es que el demandante afirmó en ese trámite que su salario era de \$1.500.000, por lo que no es posible concluir que aceptó tácitamente que devengaba el salario mínimo mensual legal vigente.

Ahora, para establecer si las sumas que recibía el demandante y que excedían el valor del salario mínimo legal tienen naturaleza salarial, debe recordarse que existen elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del C.S.T., por lo que debe analizarse si se reúnen los elementos fácticos que le puedan dar ese carácter, si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el servicio, también la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad y la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador, así lo ha dejado sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia con radicado SL7820-2014 en la que se rememoró la sentencia 32657 de 2009.

Se advierte que el empleador durante la vigencia del contrato de trabajo realizó pagos todos los meses a través de giros por valores diferentes (fls. 26, 79 – 84).

Ahora bien, ninguno de los medios probatorios da cuenta de que las partes hubieran pactado como retribución por el servicio pactado el salario mínimo mensual legal vigente y pagos adicionales por concepto de bonificaciones de carácter no salarial. Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. manifestó que el demandante devengaba una suma equivalente al salario mínimo mensual legal vigente y que se le hacían unos pagos adicionales y al preguntársele la razón de esos pagos contestó: *“... porque como él no estaba trabajando, igual nosotros acostumbramos siempre a darle a nuestros empleados unos bonos de producción, unos bonos de alimentación, bonos por metas cumplidas, pero viendo que el señor ya no estaba trabajando ya el sueldo para él era muy mínimo, entonces la empresa lo que hacía era darle unos bonos adicionales pues para que él pudiera pasar su incapacidad, por eso es que en las cuentas que se pasaron y en todos los pagos se ve un pago mucho mayor a lo que el señor se ganaba...”*. Al indagarle la señora Juez por qué pagaba bonos si el demandante estaba incapacitado manifestó: *“... porque en una de las incapacidades que la señora nos dio, nos dijo que el sueldo no les estaba alcanzando para subsistir que no les alcanzaba para su mínimo vital, que si les podíamos dar una mano porque pues el accidente que él había tenido había sido en el trabajo, entonces dijimos pues vamos a ayudarle y darle algo adicional al salario pues para su manutención, por eso lo hicimos...”*. Cuando fue interrogado si se pactó con el trabajador que las sumas adicionales no hacían parte del salario, indicó: *“...siempre se les decía eso a los empleados, ellos siempre sabían desde un principio que se iban a ganar un mínimo y según el desempeño que tuvieran se les iba a dar algo adicional, obviamente más sus horas extras...”*.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante, no confesó que recibía pagos adicionales al salario mínimo que no tuvieran naturaleza salarial y por el contrario al preguntársele sobre el salario manifestó que *“...el día que entramos el 20 de abril nosotros hicimos un acuerdo de palabra un acuerdo verbal en que ellos me iban a pagar a mi \$1.500.000 mensuales como oficial de construcción, que ellos me hacían unos pagos quincenales cada uno de \$750.000, eso fue lo que pactamos...”* al indagársele si se pactó el pago de bonos de productividad dijo *“...no señora, en eso nunca se pactó eso, se pactó el sueldo más todas las prestaciones todo lo de ley, que era la caja de compensación que nunca estuve afiliado tampoco a caja de compensación, todo lo de cesantías que tampoco me afiliaron a eso, pero todo eso lo pactamos ese día, o sea pero todo eso lo pactamos ahí ese día pero nada de eso se cumplió...”*

Así, con los anteriores medios de prueba, analizados en conjunto atendiendo la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Art. 61 del CPTSS); no es posible concluir que el demandante devengó sumas que no constituyen salario, pues sólo existe certeza de los pagos que se hicieron de manera mensual durante toda la relación laboral por valores diferentes y tampoco la parte demandada logró demostrar que las sumas que excedían el valor del salario mínimo no constituían salario en los términos del artículo 128 del C.S.T., nótese como el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio no desvirtuó la naturaleza salarial de los pagos que se hacían al demandante, pues indica que se hicieron a manera de ayuda al actor porque se encontraba incapacitado. Tampoco acreditó la demandada con ningún medio probatorio que existiera un pacto de exclusión salarial, por lo que concluye esta Sala que el demandante devengó un salario variable que fue promediado por la juez de primera instancia en la suma de \$1.446.586, valor que no fue objeto de reparo por la parte demandada en el recurso de apelación. Así las cosas y como la parte demandada liquidó las prestaciones sociales con un salario inferior, es procedente ordenar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad como lo hizo la juez a quo, cuya decisión se confirma en este punto.

Ahora, en cuanto a la afirmación de la accionada que el demandante trabajó hasta el 10 de noviembre de 2017 y la liquidación se realizó incluyendo un mes más, esto es, hasta el 10 de diciembre de 2017, razón por la cual no tiene derecho a una indemnización o a esos salarios, se advierte que si bien el empleador en la liquidación final de prestaciones sociales calculó el tiempo de trabajo hasta el 10 de diciembre de 2017 (fl. 57 y 58), lo hizo con un salario inferior al realmente devengado por el demandante, además realizó unos descuentos por concepto de primas por \$196.404 y \$368.858 sumas respecto de las cuales no existe certeza de que se hubieran pagado a través de consignación como se indica en el documento.

De acuerdo con lo anterior y como la liquidación realizada por el empleador, no cubre las prestaciones adeudadas al demandante, se debe confirmar la condena por estos conceptos.

Sobre el título judicial que aparece a folio 56, esta Corporación mediante providencia del 25 de noviembre de 2020 ordenó oficiar al Juzgado Segundo Civil Municipal de Chía para que informara sobre la existencia del mismo y si fue pagado. En respuesta emitida por el despacho oficiado se indicó que depósito No. 400100006489134 del 5 de marzo de 2018 por la suma de \$656.108 fue presentado por el representante legal de la sociedad CONSTRUCCIONES AREM SAS en el incidente de desacato dentro de la tutela No. 2017-00602, con en fin de acreditar el cumplimiento al fallo de tutela. Que el título no fue consignado a órdenes de ese despacho judicial y según lo informó el accionado en su oportunidad fue consignado en el Banco Agrario sucursal Chapinero de Bogotá, que el código ante el cual lo consignó es el 110050001 que no es el mismo de ese juzgado, por lo que mediante auto del 10 de agosto de 2018 se ordenó el desglose, sin que el mismo haya sido retirado por RAMON ANTONIO CARDENAS GUTIÉRREZ, lo cual consta en los expedientes digitales de la acción de tutela y del incidente de desacato remitidos por el juzgado requerido.

Con la respuesta emitida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Chía, se evidencia que si bien la parte demandada constituyó depósito judicial, no demostró haber realizado el trámite completo para que ese pago por consignación surtiera efecto liberador, esto es, que hiciera la consignación, lo radicara en la Oficina de Depósitos Judiciales de la Rama Judicial y además notificara al trabajador sobre la consignación, trámite que ha sido explicado por la Corte Suprema de Justicia como en la sentencia SL3678-2019 del 10 de septiembre de 2019, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en la que además se hace referencia a las sentencias CSJ SL4400-2014, CSJ SL 2264, 29 jul. 1998 y la CSJ SL 28090, 20 oct. 2006, indicando sobre este trámite: *“importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considere deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo,*

porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.”

Lo anterior se ratifica con lo manifestado por el representante legal de CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. al absolver interrogatorio de parte, que al preguntársele sobre ese depósito dijo: *“...no señor yo no le notifiqué a él sino que se lo notifiqué directamente al Juzgado porque en ese momento el señor nos tenía entutelados y al momento en que yo lo llamé a él para que recibiera su liquidación, el señor fue supremamente grosero me intentó agredir, entonces yo decidí no informarle nada, dejar todo directamente en el Juzgado como se estaba manejando...”*

Ahora bien, sobre este pago por consignación, la juez de conocimiento consideró: *“...la parte demandada hizo fue un depósito judicial, depósito judicial que fue radicado no en este juzgado sino que fue consignado en otro juzgado, no está a órdenes de este juzgado lo que lleva necesariamente a concluir que el depósito judicial que obra dentro del expediente electrónico por valor de \$656.108 no se compadece con la totalidad de la liquidación final de prestaciones sociales del aquí demandante en la medida en que debió tenerse en cuenta ese promedio salarial completo y para el período comprendido de su liquidación final del tiempo laborado por el aquí demandante, esto lleva necesariamente a concluir que sí existen unos saldos pendientes de pago...”*. Como puede observarse, la Juez de primera instancia se refirió al depósito judicial para considerar que el valor consignado no cubre el valor total de la liquidación de prestaciones sociales, pero no realizó el descuento de esa suma de las condenas impuestas por prestaciones sociales y vacaciones y tampoco autorizó del mismo, aspecto que no fue objeto de reparo por las partes al interponer los recursos de apelación, razón por la cual la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre el deducción de la suma depositada del valor de las condenas y ordenar la entrega del depósito judicial, máxime que se advierte que la parte demandada no realizó el trámite completo para que el actor pueda retirarlo.

Sobre el primer aspecto de la apelación de la parte demandante, esto es, si la condena por reajuste de aportes al sistema de seguridad social en pensiones debe imponerse de manera solidaria a la demandada CONSTRUCCIONES MMVR S.A.S., se tiene que la juez de primera instancia declaró la solidaridad entre las demandadas, aspecto que no fue objeto de apelación por la parte demandada, por el contrario, manifestó que no tenía objeción en cuanto a la solidaridad.

La solidaridad de los contratistas y subcontratistas independientes se encuentra regulada en el artículo 34 del C.S.T., que sobre el punto dispone que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores. Dicha solidaridad de acuerdo con jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es más que una manera de proteger a los trabajadores para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas (salarios, prestaciones e indemnizatorias), en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante la usual insolvencia del deudor principal, que no es otro que el empleador (Sent. SL14692-2017 del 13 de septiembre de 2017 MP FERNANDO CASTILLO CADENA). También ha dicho la Corte que, si bien los aportes al sistema de seguridad social no pueden considerarse una prestación social, es el elemento esencial para la construcción de la pensión, por lo tanto, debe entenderse comprendida dentro de las prestaciones a que se refiere el artículo 34 del C.S.T., pues su objetivo es que se haga extensiva a todas las obligaciones laborales que el empleador tiene con sus trabajadores y en esa medida debe concurrir el dueño o beneficiario de la obra. En sentencia CSJ SL3014-2019, la Corte dijo sobre este punto:

“Por último, en cuanto a la inconformidad del censor frente a la condena impuesta relativa a la consignación de aportes de los demandantes, argumentado para ello que la solidaridad del artículo 34 del CST, en virtud de la cual se le extendió esa obligación, solo es aplicable respecto de salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, con lo que considera que se incurrió en una interpretación errónea de dicho precepto y del 22 de la Ley 100/93, debe indicarse, que el pago de aportes a la seguridad social sin lugar a dudas hace parte de las obligaciones del empleador, siendo estos la base para constituir o formar el derecho a la pensión, al punto que la omisión de afiliación al régimen pensional, conduce a que sea este quien responda por la prestación. En esa medida, sin bien no puede considerarse que los aportes constituyan en sí una prestación social, es el elemento esencial para la construcción o formación de una de carácter especial, razón por la cual, debe entenderse comprendida dentro de las prestaciones a las que alude el artículo 34 en cita, pues la intelección que debe darse a este precepto, es que su objetivo es que la solidaridad se haga extensiva respecto de todas las obligaciones laborales que el empleador tiene con sus trabajadores, y en esa medida debe concurrir el dueño de la obra o beneficiario del trabajo o actividad que para ella desarrolló, en este caso Inversiones Duque Aguilera & Cía. Ltda., sin que le asista razón entonces al censor en los reparos que le hace a la sentencia sobre este puntal aspecto (ver sentencia CSJ SL601-2018).” (Rad. 70826 MP GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Con fundamento en el soporte legal y jurisprudencial anteriormente citado, esta Sala considera que no existe razón para que la condena por reajuste de aportes

al sistema de pensiones no sea impuesta de manera solidaria a las dos demandadas, máxime que no se demostró que entre la sociedad empleadora y la beneficiaria hubieran celebrado acuerdo o pacto para exonerarla de esta obligación.

En consecuencia, se modificará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que la condena por concepto de diferencia en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones debe ser impuesta de manera solidaria a CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. y a CONSTRUCTORA MMVR S.A.S., de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del C.S.T.

Sobre el segundo punto de la apelación de la parte demandante y que se relaciona con la indexación de las condenas por concepto de indemnización por despido, vacaciones y prima de servicios, se advierte que la juez profirió condena por estos conceptos, sin embargo, revisada la demanda se advierte que no se incluyó la petición de indexación, circunstancia que constituye un hecho nuevo, y el Tribunal como corporación de segunda instancia carece de facultades para decidir de manera extra o ultra petita, ya que el artículo 50 del CPTSS otorga dicha facultad únicamente al juez de única y primera instancia, siempre que los hechos que originen las condenas hayan sido discutidos en el proceso y se encuentren debidamente probados.

Agotados los puntos objeto de apelación, se modificará la sentencia en los términos señalados en precedencia, toda vez que el tribunal como Corporación de segunda instancia, solo tiene competencia para pronunciarse sobre temas planteados, por tanto, no puede estudiar aspectos que no fueron cuestionados.

No se condenará en costas en la apelación, dado el resultado de los recursos interpuestos por las partes.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral 5° de la sentencia proferida el 10 de julio de 2020, por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAMÓN ANTONIO CÁRDENAS GUTIÉRREZ** contra **CONSTRUCCIONES AREM S.A.S. y CONSTRUCTORA MMVR S.A.S.**; para en su lugar **CONDENAR** a las sociedades accionadas de manera solidaria al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la decisión que se revisa.
3. **SIN COSTAS** en la segunda instancia.

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



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA