



San Andrés Isla, 28 de octubre de 2021

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA: SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ**  
**PROCESO: ORDINARIO LABORAL**  
**DEMANDANTE: JEFFERSON ROCHA TORRES Y DANNY JAIR  
ZAMBRANO CEDEN**  
**DEMANDADOS: EDINSON ARDILA  
MORA Y JORGE LUIS POLO ALVAREZ Y  
SOLIDARIAMENTE JULIO DE AVILA GÓMEZ, LICUAS  
S.A. SUCURSAL  
COLOMBIA, SERCOM INFRAESTRUCTURAS SAS,  
ARQUITECTURA Y  
CONSTRUCCIONES MM DEL CARIBE SAS, SERVICIOS  
FINANCIEROS CABANA SAS, Y  
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN  
ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.**  
**RADICADO: 88-001-31-05-001-2019-00071-01**

**Aprobado en Acta N° : 9176**

**TEMAS:** Existencia de contrato de trabajo, liquidación de indemnización moratoria del art 65 del CST y solidaridad laboral.

## **I. ASUNTO**

Procede la sala de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andres, isla, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **JEFFERSON ROCHA TORRES Y DANNY JAIR ZAMBRANO CEDEN** contra **ÉDISON ARDILA MORA Y JORGE LUIS POLO ALVAREZ, Y SOLIDARIAMENTE LICUAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, SERCOM INFRAESTRUCTURAS SAS, JULIO DE ÁVILA GÓMEZ, ARQUITECTURA Y CONSTRUCCIONES MM DEL CARIBE SAS, SERVICIOS FINANCIEROS CABANA SAS, Y DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, ISLAS.**

## **II. ANTECEDENTES:**

### **2.1 Hechos y Pretensiones.**

Los actores fundaron sus pretensiones en los hechos que resumimos de la siguiente manera:

Relatan que celebraron contratos verbales de trabajo con los contratistas Edison Ardila Mora y Jorge Luis Polo Alvarez, para prestar sus servicios en la obra denominada urbanismo y espacio público del parque recreo Deportivo "TROPICAL PARK" en esta ínsula a cargo del consorcio tropical park 17, integrado por las sociedades Licuas SA Sucursal Colombia, Sercom Infraestructuras SAS y Servicios Financieros Cabana SAS; el señor Jefferson Rocha laboró como albañil, en un horario comprendido entre las 7:00 am a 12: 00 pm y de 1:00 a 5:00 pm desde el 12 de junio al 25 de noviembre de 2018, devengando un salario diario de \$70.000 mil pesos; mientras que el demandante Danny Jair Zambrano, inició el 9 de junio al 28 de noviembre del mismo año, como herrero en el horario de 7: 00 am a 12: 00 pm y de 2: 00 a 6: 00 pm, recibiendo una remuneración diaria por valor de \$85.000.

Con base en los anteriores hechos, pretenden que se declare la existencia de un contrato de trabajo a termino indefinido, y en consecuencia se condene al pago de las prestaciones sociales, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, lo correspondiente a la dotación, así como el pago de todo lo extra y ultra petita que se demuestre, además de las costas del proceso.

## **2.2 Trámite procesal y contestación de la demanda.**

Mediante auto del 10 de junio del 2019, el Juzgado Laboral del Circuito admitió la demanda y corrió el traslado respectivo al extremo pasivo.

Ante el fracaso de la notificación personal a los demandados Edison Ardila Mora y Jorge Luis Polo Alvarez, se procedió a nombrar curador ad-litem mediante auto de fecha 19 de junio de 2019, para la representación de sus intereses, y se ordenó el condigno emplazamiento.

Con escrito de fecha 3 de julio del mismo año, la Gobernación Departamental, se opuso a las pretensiones, y como excepciones propuso las siguientes: **“Inexistencia de contrato de trabajo, buena fe, inexistencia de la solidaridad, inexistencia del nexo causal, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, y genéricas”**. (Archivo primera instancia/ 11 contestación Gobernación fol 67-80).

Por su parte, Servicios Financieros Cabana S.A.S Serficana, Licuas Sa, Sercom Infraestructura SAS y Julio De Ávila Gómez, describieron el traslado mediante memoria del día 5 del mismo mes y año, oponiéndose a las pretensiones y como excepciones propusieron las que denominaron: **“Inexistencia de la obligación por pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación en virtud de la cláusula de indemnidad suscrita entre Edinson Ardila Mora y la Empresa Arquitectura y construcciones MM del Caribe S.A.S, e ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”**. (Archivo primera instancia/19 contestación demanda folios 113-119.pdf).

Mediante proveído fechado 15 del mes de julio de esa anualidad, y atendiendo la solicitud de la parte actora, se dispuso librar nuevamente los comunicatorios al demandado Ardila Mora al conocerse en las foliaturas su dirección (ver folio 130 del Con. Principal/ PDF 21).

En fecha de 1 de agosto de 2019, los demandantes reformaron la demanda con el objeto de aclarar el nombre de uno de los demandados, incluyendo una nueva codemandada, modificando el hecho 2 y 16 de aquella, la pretensión segunda, la prueba por oficios del acápite “2.3” y solicitó nuevas pruebas. Posteriormente, con proveído del 6 de septiembre de esa anualidad, el despacho resolvió tener por no contestada la demanda presentada por Licuas Sa Sucursal Colombia, Sercom Infraestructura SAS, Servicios Financieros Cabana SAS, Jorge Luis Polo y Edison Ardila Mora, estos últimos

representados por curador ad-litem; lo anterior por estimar que las mismas no contenían las razones y fundamentos de defensa; además, se admitió la reforma de la demanda y corrió traslado a la nueva demandada Arquitectura y construcciones MM del Caribe S.A.S.

En escrito del 12 de septiembre de ese año, se recorrió nuevamente el traslado por el curador ad-litem designados para ambos demandados, oponiéndose a los hechos y pretensiones de la demanda como excepciones formuló la genérica (ver folio 193 a 199).

Por otro lado, al no haberse surtido la notificación de la nueva demandada Arquitectura y Construcciones Mm, por medio de auto del 21 de octubre de 2019, se ordenó nombrar curador ad-litem y emplazamiento para su representación; empero con posterioridad la sociedad confirió poder para su representación, no obstante, se abstuvo de descorrer el traslado. Finalmente, en providencia del 29 de enero de 2020, se tuvo por no subsanada la contestación de Licuas Sa Sucursal Colombia, Sercom Infraestructura SAS, Julio De Ávila y Servicios Financieros Cabana SAS, teniéndose ello como indicio grave y también respecto de la reforma. (ver folio 227).

### **2.3 Sentencia de primera instancia.**

Surtido el trámite legal, el Juzgado Laboral mediante sentencia del 13 de mayo de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo, únicamente entre Danny Jair Zambrano y Jorge Luis Polo, cuyos extremos temporales fue entre el 15 de junio y el 1 de noviembre de 2018, y en consecuencia condenó al pago de las prestaciones sociales e indemnización moratoria a que alude el artículo 65 del CST, absolviendo a los demás demandados de las pretensiones. Así mismo, denegó los pedimentos de la demanda incoadas por Jefferson Rocha.

Como fundamento de la decisión en lo que interesa a la alzada, el Juzgado A quo, manifestó que de los testimonios recabados, no se hallaba acreditada la prestación del servicio por parte del señor

Jefferson Rocha, que permitiera la prosperidad de sus pretensiones frente a los llamados como empleadores, pues confesó en su interrogatorio que había sido contratado por el señor De Ávila en contradicción con el testigo que depuso.

Para el caso del señor Danny Zambrano, encontró demostrada la prestación personal del servicio en la obra mencionada y ante la imprecisión en los extremos de la relación laboral, dio aplicación a la línea jurisprudencial contenida en la sentencia SL905-2013 estableciéndose los comprendidos entre el 15 de junio y el 1 de noviembre del 2018, teniéndose como salario el valor mínimo legal mensual para el año 2018.

Adicionalmente, estimó inaceptable el obrar de los contratistas, quienes insisten y persisten en no pagar a sus obreros los conceptos laborales legales por el trabajo realizado en desarrollo de actividades de construcción, no siendo ello indicativo de buena fe, y lo hace acreedor del pago de la indemnización moratoria.

Finalmente, acerca de la responsabilidad solidaria de los demás demandados, se concluyó que no hay prueba del vínculo comercial entre el empleador y los llamados en solidaridad y al no concurrir uno de los 3 requisitos jurisprudenciales no es posible predicarla.

### **2.3. APELACIÓN**

Inconforme con esta decisión, la parte actora apeló argumentando que con el testimonio del señor Ovelio Correa, quedaba claro que todos los trabajadores de la obra fueron contratados por él señor Polo Alvarez, situación que se tenía que apreciar con los demás medios probatorios y no excluir esa manifestación. Respecto a Danny Jair Zambrano, se señaló que la omisión de las sociedades consorciadas en aportar la documentación que acreditaba las vinculaciones entre éstas, era un hecho gravísimo que no podía repercutir en la violación de los derechos del trabajador, agregando que el contrato administrativo estaba demostrado así como también que ambos demandantes

laboraron para esa obra, siendo posible deducir con indicios los vínculos que se echan de menos, sin que la inexistencia de una prueba directa impida la declaratoria de solidaridad entre las sociedades y el Departamento.

Finalmente, alegó que se incurrió en error al momento de imponerse la condena por indemnización moratoria por cuanto haber devengado el trabajador un salario mínimo ésta corre hasta el día en que se pague las prestaciones y no por 2 años como se impuso erróneamente en la sentencia; argumento que hace extensivo en el evento en que prosperen las prestaciones de Jefferson Rocha.

### **III.- DE LA SEGUNDA INSTANCIA**

Recibido en esta Corporación el expediente contentivo del presente asunto, se dispuso su admisión en auto de fecha 28 de mayo de 2021, disponiendo correr traslado a las partes para alegar de conclusión de acuerdo con el decreto 806 de 2020.

El demandante Jefferson Rocha al descorrerlo, reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso en lo relativo a la prestación del servicio que se encontraba acreditada en la obra denominada parque recreo Deportivo "TROPICAL PARK", lo cual, debía deducirse valorando los medios de prueba y del ejercicio del principio de libre formación del convencimiento del que emerge el maestro Jorge Luis Polo Alvarez fue contratista de Edinson Ardila Mora, encargado de suministrar el personal y éste a su vez por Construcciones MM del Caribe SAS subcontratista del consorcio Tropical Park.

Respecto de la negativa de la solidaridad reclamada, afirmó que debió tenerse en cuenta la confesión del representante legal de la Constructora MM del Caribe S.A.S., cuando afirmó que subcontrató con el consorcio para quienes contrataron el personal que desarrollaría la obra; además el incumplimiento a la carga procesal de

aportar la copia del subcontrato suscrito celebrado con el consorcio, sin que pueda derivarse beneficios en su favor, sino por el contrario deben recibir las consecuencias adversas; más aún cuando es conocido que la labor realizada por los actores no es extraña a los objetos sociales de las codemandadas y ante la relación de causalidad entre la obra y el giro ordinario de las actividades del Departamento como lo es el servicio de obras públicas, recreación, deporte, aprovechamiento del tiempo libre, que constituyen servicios públicos que benefician a la comunidad.

Las sociedades demandadas, guardaron silencio en el traslado.

#### **IV.-CONSIDERACIONES**

##### **4.1. Competencia y presupuestos procesales.**

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para revisar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, por mando del numeral 1º del literal B del artículo 15 del CPT. De la misma manera, no avizorándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, entraremos a definir el fondo del asunto.

##### **4.2. Problema Jurídico.**

Tomando en consideración los parámetros demarcados en el recurso de alzada procedemos a pronunciarnos sobre los siguientes problemas jurídicos: 1) Establecer la prestación personal de servicios que active la presunción legal de existencia del contrato laboral. 2). Definir si se acreditaron los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de las entidades Codemandadas. 3) Determinar si estuvo bien liquidada la condena de indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST.

La tesis que sostendrá esta Corporación es que la sentencia debe modificarse con base en los siguientes:

### **4.3 Fundamentos legales y jurisprudenciales.**

Son fundamentos normativos bajo los que se sustenta la presente sentencia los siguientes:

El principio de la primacía de la realidad sobre la forma rige en nuestro país de tiempo inveterado, a partir de los artículos 23 y 24 del C.S.T., constitucionalizado en el artículo 53 con la Constitución Política de 1991, y regulado en el ámbito internacional con la Conferencia de la OIT de 2006 y la Recomendación 1998 que de allí se derivó, de los cuales se ha decantado que: i) prevalece la realidad de la relación laboral sin importar la denominación que le den las partes; ii) que probada en el proceso judicial la prestación personal del servicio, se presume que hay una relación laboral; iii) dicha presunción legal admite prueba en contrario.

Ahora bien, respecto de la subordinación, sabido es que se concreta en elementos como el sometimiento del trabajador a las órdenes del empleador, la continuidad en el trabajo, la exclusividad en la prestación de servicios, la sujeción a una jornada u horario, la remuneración, el control por parte del empleador respecto de las actividades del trabajador y la ejecución del trabajo con medios de propiedad del empleador, entre otros. Para destruir entonces, la presunción de subordinación en la prestación personal del servicio, debe demostrarse la independencia técnica y administrativa del prestador del servicio.

En sentencia SL4537 del 23 de octubre de 2019, M.P., Fernando Castillo Cadena se precisó: “Esta Corporación, en providencia CSJ SL, del 1º de jul. de 2009, rad. 30.437, recordó que desde sus orígenes, tiene adocinado que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra una importante ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una

persona natural o jurídica se presume, *iuris tantum*, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia (...) **la presunción que consagra el mencionado precepto se puede desvirtuar, por manera que si la plataforma probatoria, obrante en el proceso, demuestra que la relación que hubo entre los contendientes fue independiente o autónoma así habrá de declararse.**

Allí también recordó la Corte que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han enseñado que la consecuencia que producen las presunciones legales, como la aquí debatida, es la de eliminar el hecho presumido de los presupuestos de hecho para que se produzcan los efectos jurídicos perseguidos por quien invoca a su favor la presunción, lo que, desde luego, impone a la otra parte la carga de probar el hecho contrario, o la inexistencia del hecho indicador, que da pie a la presunción. Por lo tanto, no tiene sentido que a quien la ley lo ha dispensado de la prueba de ese hecho, se le exija por parte del juez que lo acredite”.

Por su parte, es de recordar que corresponde, conforme los presupuestos del artículo 167 CGP, a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, que para el caso que nos ocupa sería, la prestación del servicio, la cual no goza de presunción legal.

**“(...) De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a su vez a quien pretende o demanda un derecho, que alegue y demuestre los hechos que lo gestan, o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria, cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”.**

(CSJ, Sala de Casación Laboral sentencia del 6 de marzo de 2012 Exp: 42167, MP: Carlos Ernesto Molina Monsalve).

### ✓ **Indemnización por falta de pago**

Respecto de la Sanción al empleador por el incumplimiento de sus deberes legales, viene regulada en el artículo 65 del mismo ordenamiento.

En relación con la naturaleza de esta clase de indemnización, la jurisprudencia Constitucional en sentencia C-892 de 2 de diciembre de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reitera que se trata de un mecanismo que busca desincentivar el incumplimiento del empleador en el pago de salarios y prestaciones insolutas, al momento de terminar la relación laboral, como un instrumento de apremio y no de sanción; ii) opera al margen de las causas que dieron lugar al contrato de trabajo; y encuentra sustento constitucional en el art. 53 de la Carta Política, como una *“necesidad de proteger la remuneración del trabajador que, al finalizar su vínculo laboral, queda desprotegido económicamente, lo que obliga al pago oportuno de las acreencias debidas”*.

La limitación contenida en el artículo 65 del CST, según la cual, la indemnización corre hasta por 24 meses, no aplica para los trabajadores que devenguen un salario mínimo legal mensual, o menos, así lo dijo la Sala de Casación Laboral, Sala de descongestión No. 2 de la Corte Suprema de justicia en sentencia SL11448 del 1 de agosto de 2017, M.P., Cecilia Margarita Durán Ujueta: **“La correcta aplicación de la sanción moratoria al empleador que ha incumplido, sin razones atendibles, su obligación de pagar al trabajador, a la terminación del contrato laboral, la totalidad de las acreencias salariales y prestacionales tiene, entonces, varios contextos: a) El de aquellos trabajadores que devengan hasta un salario mínimo legal mensual vigente, quienes reciben, a título de sanción moratoria, un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus derechos laborales, desde la terminación del vínculo hasta cuando se satisfaga éste. b) El de aquellos trabajadores que devengan más de un salario mínimo legal mensual vigente, a quienes se les paga un salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. c) El de aquellos trabajadores que devengan más de un salario mínimo legal**

mensual vigente y no presentan demanda dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes a la terminación del vínculo laboral, a quienes únicamente se les cancelan intereses moratorios”.

Mas adelante, indicó: **“Como quiera que la parte demandante también impugnó sobre este aspecto, aduciendo que no podía limitarse a 24 meses, sino que debía ser indefinida hasta que se procediera a cancelar la totalidad de las acreencias adeudadas, para esta Corte así debe ser, en tanto al devengar los trabajadores el salario mínimo, la regla del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no les limitaba como lo dedujo el juzgador y por ello se modificará en ese aspecto”**(SL 939 del 14 de marzo de 2018 Exp: 46745, MP: Gerardo Botero Zuluaga).

- **Solidaridad laboral.**

Regulada por el artículo 34 del C.S.T., que depreca que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, es responsable solidario de las acreencias laborales del trabajador, a excepción de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 14692 del 13 de septiembre de 2017, MP., Fernando Castillo Cadena, señaló:“(…) **No resulta inoportuno, antes bien aconsejable, recordar su doctrina según la cual la solidaridad no es más que una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas, al obligado solidario, las deudas insolutas (salarios, prestacionales 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, lo que permite que pueda repetir lo pagado ante el deudor principal que lo es el verdadero empleador.** Así lo sostuvo esta Sala en sentencia SL, del 25 de may. 1968, en uno de sus apartes:

***Mas el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños***

***contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.***

En ese mismo sentido, Sala de Descongestión N° 4 de la misma corporación en sentencia del 11 de octubre de 2017, rad. 52796, Magistrada Ponente Ana María Muñoz Segura, precisó: “(...) ***El objeto de dicha figura, entonces, es el de evitar el fraude a los trabajadores y sus derechos mediante la constitución de empleadores con menos capacidad económica o con negligente actuar que impidan la efectiva realización de las acreencias laborales de aquellos, como lo explicó la Sala en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038 y CSJ SL, 1 mar. 2010, rad. 35864 (...) es imperioso comenzar por verificar en el expediente desde el punto de vista fáctico, lo que corresponde primordialmente a: (i) la existencia de una relación laboral entre el trabajador que presta su servicio y el contratista independiente; (ii) el vínculo de carácter comercial entre el contratista independiente y la persona natural o jurídica que se beneficia de la actividad y; (iii) la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos suscitados con anterioridad. Cumplido lo anterior, el análisis jurídico que acompaña dichas conclusiones fácticas, debe calificar si la sociedad que funge como contratista desarrolla actividades que son del resorte o propias a las de quien es beneficiario de la obra o servicio contratado.***

***[...] para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre en el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal”.***

*(...) Ahora bien, la calificación jurídica que supone el análisis de las actividades del contratista y del beneficiario del servicio a efectos de establecer si desarrollan actividades similares -o si por el contrario, son completamente extrañas- no se agota en la simple revisión literal de los objetos sociales de cada una de las personas naturales o jurídicas asociadas a la relación contractual, sino que debe hacerse extensivo el análisis a lo que supone la forma real de integración al sector productivo del cual hacen parte, y la labor que desarrollan realmente.*

*(...) el juez de conocimiento está en el deber de valorar la materialidad de las situaciones que conducen a darle aplicación al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y no limitar el análisis a sólo algunas de las actividades que con más asiduidad despliega el beneficiario o las que cuentan con alguna calificación legal, como en el sub lite. **El estudio de la procedencia de la solidaridad debe abarcar no sólo las actividades que previamente hubieran sido descritas como asociadas a una industria específica, sino aquellas que, en adición a ello, supongan una labor intrínsecamente asociada con el negocio del beneficiario, así sea ésta accidental o puramente transitoria**".*

Mas recientemente la misma Corporación, en sentencia SL421 del 15 de febrero de 2021, Rad n.º 72297, Mp., Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, se dijo: "De allí se desprende que LD, ZD y MVBC, no fueron llamadas en calidad de sucesoras de Luis Bautista Pinzón, sino como verdaderas socias de la empresa demandada, por lo tanto, en ningún error incurrió el Tribunal, al considerar: Así las cosas no son ciertos los argumentos del censor respecto a que se hubiera acreditado la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y los aquí enjuiciados en la calidad en que fueron convocados, pues aunque no se desconoce que por vía judicial le fueron adjudicados a LD, ZD y MVBP el 25% de las acciones de la sociedad limitada en su calidad de herederas de Luís Libardo Pinzón, lo cierto es que las citadas personas fueron convocadas como socias de la Procesadora de Alimentos Bautista Pinzón Limitada y no como herederas del empleador fallecido, lo que obviamente impide fulminar una condena en su contra por encontrarnos ante una falta de legitimación en la causa por pasiva. (...) Al respecto, lo primero es

**recordar que el Tribunal no halló demostrada la prestación personal del servicio de la demandante en favor de la demandada Procesadora de Alimentos Bautista Pinzón Limitada, todo lo contrario, siempre aludió a que este vínculo se dio con la persona natural Luis Libardo Bautista Pinzón, de quien, por más, no se tiene noticias de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, no se le puede atribuir la violación del artículo 36 del CST en la medida que, ella amerita que primigénicamente se hayan impuesto condenas a cargo de quien tiene la calidad de empleador. En otras palabras, no se predica la solidaridad respecto del propio contratante como erradamente lo aduce el censor”.**

#### **4.4. Del caso en concreto.**

Establecido lo anterior, procederemos a resolver este litigio limitándolo a los puntos de derecho sobre los cuales viene estructurada la pretensión impugnativa incoada.

Sea lo primero en señalar que analizado el acervo probatorio fácil es inferir la precariedad del mismo en punto al triunfo de la pretensión de existencia del contrato, por falta de legitimidad pasiva de quien fue llamado como empleador del señor Rocha Torres. Solo logró dar cuenta de manera concisa por el testigo Ovelio Correa, pues el resto de los declarantes afirmaron no constarles nada y/o efectuaron manifestaciones genéricas y contradictorias.

Al respecto, el señor Correa sostuvo que “(...) **Lo conocí como empleado de allá de la obra tropical park, el trabajó en la obra (...) Jefferson era ayudante de albañilería en la empresa, contratado por el maestro Polo, lo contrató como ayudante de albañilería (Escúchese al minuto 59:46 a 1:00:13 de la audiencia de trámite y juzgamiento celebrada el 13 de mayo de 2021) (...) Ellos llegaron pidiendo trabajo ahí a la empresa, y el maestro Polo los cogió, porque estaban buscando trabajadores de aquí de la isla, porque los trabajadores que trajeron de Santa Marta no eran suficientes para la obra” (Récord 1:08:46- 1:09:03). También se le preguntó ¿Entonces Édison Ardila y Jorge Polo, eran los contratistas de la obra? Contestó: “Si señor, esos**

eran los 2 contratistas de la obra, uno por medio de Santa Marta y el otro por medio de aquí. El de santa marta le venía a dar los contratos aquí a Jorge Polo”. (Récord 1:21:21- 1:21:45) (...) “Julio de Ávila no desempeñaba nada allá, yo a Julio de Ávila lo vi por ahí 3 o 4 veces en la obra, él llegaba le daban la plata afuera y nunca entró al parque” (...) “Los pagos se realizaban allá en el parque tropical park, un sábado si un sábado no, al señor Polo maestro, le consignaban la plata en un banco, y él se iba de 10:30 a 11 de la mañana retiraba su plata y llegaba a la obra, y me decía paisa cierre la puerta y este pendiente que voy a pagarle a los empleados, él se sentaba afuera de la caseta, llamaba cada cuarto medio de una lista a los trabajadores y ya, iba pagando a todos” (Récord 1:22:38- 1:23:13) (...) “Solo sé que lo contrató a él un señor llamado Jorge Polo, que era quien contrataba a los empleados en san Andrés islas” (...) “No, esa parte si no la sé, porque a ellos le pagaban en la obra el maestro Polo, no sé de dónde vendría la plata si de CERFICABANA O MM” (...) Él ocupaba el cargo de maestro, era maestro en la obra, que mandaba a los trabajadores, y les decía hagan aquí hagan allá, él era el que le daba los trabajos a los trabajadores”. (Récord 1:27:36-1:29:19).

Atestación que realmente fue contraevidenciada por el propio dicho del demandante, señor Rocha quien en el interrogatorio de parte confesó: “No recuerdo el nombre del maestro, el maestro lo llamábamos por un apodo que le decían el Villao, porque era de Villavicencio” (...) “Él era maestro, era oficial, no era maestro sino oficial, y él me comunicó con el maestro, con de Ávila, él me contacto con el señor de Ávila”. En ese sentido, se le preguntó: ¿Entonces usted habló con de Ávila? A lo que respondió: “Si me recomendó y el señor me dio la oportunidad de trabajar y desde ahí empecé a trabajar con ellos y hasta el momento, el tiempo que trabajé ahí muy bien, perfectamente, hasta que tomaron la decisión y me despidieron”. Preguntado: “¿Entonces, quien le dio a usted la oportunidad de trabajar, quien lo contrató a usted? Respondió: “De Ávila”. ¿Qué le dijo él? Contestó: “Me dijo, vengase temprano mañana en la mañana con ropa de trabajar, que ya va a comenzar a trabajar, me pidió ropa M, ¿me metió a dar seguro y comencé a trabajar al dia siguiente (...) “¿Quién le pagaba el sueldo?” Contestó: “De Ávila” (...) ¿Usted lo recibía de las manos de él, o lo consignaban en alguna parte? Contestó el

demandante: **“No, lo pagaban ahí mismo en la obra”**. (Récord 0:26:43-0:29:50). En respuesta al cuestionamiento encaminado a conocer quién era la persona que le daba instrucciones acerca de lo que debía hacer en la obra y la razón por la que dejó de trabajar allí, dijo: **“De Jorge, del maestro, le decían maestro (...) Tomaron la decisión, porque había mucha inconformidad, el maestro me tenía mucho aprecio, habían otros compañeros que me empezaron a joder como si fuera envidia, si me hago entender, y le comenzaron a hablar mal a De Ávila de mí y entonces tomaron la decisión de retirarme de la obra y con todo y eso, yo le digo a de Ávila que bueno, que me reconozca algo por el tiempo que trabaje en la empresa, y lo que me respondió fue que él no iba a responderme por ninguna liquidación si no la empresa y fue cuando yo tomé la decisión de buscar la ley para así mismo aclarar ese mal entendido, me quitó el trabajo injustamente porque se dejó mal informar de otra persona (Récord 0:39:30 a 0:31:44) (...)**. Cuando se le cuestionó por el señor Jorge Luis Polo Álvarez señaló: **“Jorge Luis Polo Alvarez, este también era otro maestro que estaba ahí en la obra”**. Preguntado: ¿Explíqueme al despacho si cuando usted suscribía los pagos, recibía algún tipo de comprobante? Contestó: **“Nos daban un recibito, un recibo dan cuando nos pagaban”**. ¿Y ese recibo era firmado por quienes? Contestó: **“Por de Ávila”** (Récord 0:48:23- 0:49:00).

Fluye de lo expuesto que, razón tuvo el Juzgado de primer grado, cuando concluyó que el demandante Rocha reconoce como su verdadero empleador y jefe a persona distinta a la señalada en el libelo demandador con ese carácter; sostuvo de manera convincente y coherente que el señor De Ávila lo contrató y le pagaba su remuneración, le suministró su dotación y fue quien realizó los aportes al sistema de Seguridad Social. Circunstancia que denota como se desarrolló la relación laboral según su propio relato, sin que las instrucciones que le daba el contratista Polo Alvarez, tengan la entidad suficiente de estructurar una subordinación o dependencia de manera automática, como quiera que atendiendo los roles que desempeñaban

en la obra es razonable que se impartieran recomendaciones para una adecuada ejecución de la labor contratada.

Luego entonces, no podía el Juez, ni siquiera en el ejercicio de la facultad atribuida de fallar extra y ultra petita en materia laboral declarar la existencia de esta relación laboral con el convocado en solidaridad Julio De Ávila Gómez, sin que se hubiere pedido; pues de ser así, ello implicaba una reforma de las pretensiones de la demanda, en el sentido de modificar el petitum frente a los demandados principales, cuando en el libelo de la demanda no se le llamó en esa calidad sino que se citó a la Litis en una condición distinta, se itera, como obligado solidario de las personas naturales empleadoras y fue así como fueron planteados los hechos en el expediente, siendo estos y las pretensiones la base de la contestación de cada uno de los demandados. En este sentido, es claro el precedente jurisprudencial que enseña que no puede el juez laboral fallar dentro de un marco diferente al que es propuesto en la demanda, debe recordarse que es únicamente la parte Actora dentro de un proceso la que tiene la entidad de reformar su demanda en cuanto al planteamiento de sus pedimentos, dicho derecho no es absoluto sino que debe sujetarse a los presupuestos del inciso 2º del artículo 28 del C.P.L., en concordancia con en el art. 93 del C.G.P: “(...) **se debe precisar que, en los términos del artículo 50 del CPTSS, en relación con la sentencia CC C-662-1998, el ad quem no cuenta con facultades ultra y extra petita, por lo que ha de sujetarse a lo pretendido por la parte actora y lo cierto es que estos conceptos no fueron solicitados por el accionante en la demanda inicial. Por tanto, este juzgador carece de competencia para emitir un pronunciamiento sobre este aspecto**” (SL3908 del 17 de septiembre de 2019, MP., CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA).

Con todo, memórese que es línea de principio inveterado que quien alega un supuesto de hecho debe acreditarlo para obtener el efecto jurídico pretendido; este actor no cumplió con la carga probatoria

deprecada y por ello debe asumir las consecuencias del fracaso de sus pretensiones.

En cuanto a los reparos planteados por el otro demandante Danny Zambrano, habrá que decir frente a la indemnización moratoria que viene reconocida desde la primera instancia, que no siendo objeto de controversia el salario mínimo legal mensual vigente declarado por el principio de equidad, le asiste razón al recurrente en el entendido que el inciso 1 del artículo 65 del CST, no le era aplicable al caso de marras, pues según lo dispuesto en el parágrafo 2 de la misma norma la circunstancia descrita en aquél regula únicamente a los trabajadores que devenguen más de 1 salario mínimo mensual vigente, razón por la cual, se impone la modificación de la sentencia recurrida en este aspecto.

### **SOLIDARIDAD**

Ahora bien, pasando al punto de inconformidad encaminado a que se declare la solidaridad con todos los convocados con ese carácter, se tiene de la documentación traída a los autos que la Gobernación Departamental, suscribió el contrato de obra pública N. 1865 del 27 de diciembre de 2017 con el consorcio Tropical Park 17, cuyo objeto fue la realización de actividades de construcción de obras de urbanismo y espacio público del parque recreo deportivo “Tropical Park” en esta ciudad; siendo los miembros de este consorcio vinculados a este contencioso. Igualmente, la demandada en solidaridad, Arquitectura y Constructora MM del Caribe SAS, celebró contrato por duración de obra con el codemandado Ardila Mora el 1 de abril del 2018, cuyo objeto lo constituyó el **“Suministro de mano de obra necesaria para la construcción de obras de urbanismo y espacio público del Parque Recreo-Deportivo Tropical Park en San Andres y Providencia Islas”**.

Si bien se presumió como cierto de manera ficta que Jeffeson Rocha fue suministrado por la empresa de servicios temporales para laborar

en la obra, esto quedó contradicho con el interrogatorio y la confesión de éste mismo, según la cual fue contratado por el señor De Ávila; la confesión ficta en relación con que la empresa Serficabana S.A.S suministraba personal a la obra, corroborado por la certificación de aquél, no es suficiente para constituir el nexo causal entre los demandantes y el contratista independiente Ardila, toda vez que quedó probado con el contrato documental arriba reseñado que éste lo contratado fue la empresa Arquitectura y Constructora MM del Caribe SAS para los mismo fines; también existe confesión espontánea de esta cuando reconoce que fue subcontratista del Consorcio Tropical Park 17, sin embargo, esta confesión tampoco es suficiente para terminar de completar el nexo causal con los demandantes por cuanto uno manifiesta ser contratado por el señor De Ávila y el otro por el señor Polo, sin que de éste último exista prueba que lo vincule con el señor Ardila, ni con la empresa Arquitectura y Constructora MM del Caribe SAS, amen de que se dijo que era contratista independiente pero nunca se demostró de quien. Estas elucubraciones son suficientes para confirmar la negativa de declaración de solidaridad con las llamadas en esa condición por las condenadas a favor del señor Zambrano.

## **V. CONCLUSION**

De contera, encuentra esta Sala que habrá de modificarse el numeral 2 de la decisión recurrida solo para ajustar la indemnización moratoria consagrada en el art 65 del CST, en el entendido que deberá pagarse hasta tanto se cancele la totalidad de las acreencias laborales debidas. En consecuencia, se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente ante la prosperidad parcial del recurso.

## **VI.-DECISIÓN:**

Por lo expuesto, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Islas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 2 de la sentencia del 14 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JEFFERSON ROCHA TORRES Y DANNY JAIR ZAMBRANO CEDEN** contra **EDINSON ARDILA MORA Y JORGE LUIS POLO ALVAREZ Y SOLIDARIAMENTE JULIO DE AVILA GÓMEZ, LICUAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, SERCOM INFRAESTRUCTURAS SAS, ARQUITECTURA Y CONSTRUCCIONES MM DEL CARIBE SAS, SERVICIOS FINANCIEROS CABANA SAS, Y DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en el entendido que el concepto de indemnización moratoria del Art 65 del CST será el equivalente de \$26.041 pesos diarios desde el 2 de noviembre del 2018 hasta cuando el pago se verifique.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**CUARTO:** Oportunamente remítase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**SHIRLEY WALTERS ALVAREZ**  
Magistrada Sustanciadora

  
**JAVIER DE JESUS AYOS BATISTA**  
Magistrado

  
**FABIO MAXIMO MENA GIL**  
Magistrado