



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 005-2011-00721-01**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **JUDITH PATRICIA REYES PÉREZ**  
DEMANDADO: **AGUAS ALTO MAGDALENA S.A. ESP,  
EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE  
TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA ESP**  
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA (TOCAGUA  
ESP)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado jurisdiccional de Consulta a favor de la demandada TOCAGUA ESP frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de abril de 2021, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS.

Las partes no presentaron alegaciones, pese a lo ordenado en auto del 2 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **JUDITH PATRICIA REYES PÉREZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra las sociedades **AGUAS ALTO MAGDALENA S.A. ESP**, y la **EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS -**

**TOCAGUA ESP**, como aparece de folios 55 a 65 del expediente digitalizado y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls.72 a 83 del expediente digitalizado), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. **DECLARAR** que entre la demandante y AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. ESP se celebró un contrato de trabajo indefinido desde el 11 de abril de 2008, con el cargo de Gerente Comercial devengando como último salario la suma de \$2.200.000
2. **DECLARAR** que AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. ESP no canceló la totalidad de la liquidación de sus prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral
3. **DECLARAR** que AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. ESP no canceló a la demandante las cesantías causadas por los años 2008, 2009, 2010 y 2011
4. **DECLARAR** que a la demandante se le indicó que la terminación del contrato laboral fue con ocasión de la terminación unilateral del contrato de operación suscrito con la Empresa TOCAGUA ESP mediante Resolución N. 2 del 2011 confirmada mediante Resolución No 3 del 2011
5. **DECLARAR** que la beneficiaria directa de los servicios que la demandante prestó fue la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA ESP, por lo que es solidariamente responsable del pago de los salarios prestaciones e indemnizaciones que tiene derecho la demandante

**CONDENAS.**

1. **CONDENAR** a las sociedades demandadas a pagar a favor del demandante las cesantías causadas a su favor por los años 2008, 2009, 2010 y 2011 por valor de \$8.479.167.
2. **CONDENAR** a las sociedades demandadas a pagar a la demandante la indemnización que prevé el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado en un fondo las cesantías correspondientes a los años 2008, 2009, 2010 y 2011

3. **CONDENAR** a las demandadas a pagar la indemnización por despido indirecto, por parte conforme lo dispone el artículo 64 del CST modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002 en concordancia con el artículo 62 literal b ibidem.
4. **CONDENAR** a las demandadas a pagar a la demandante la indemnización por el no pago de las prestaciones adeudados en los términos establecidos en el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002
5. Que se condene extra y ultra petita
6. Y las costas procesales.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, tuvo por no contestada la demanda por parte de las demandadas AGUAS ALTO MAGDALENA S.A. E.S.P., EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA E.S.P., de acuerdo con los proveídos del 14 de mayo de 2012 y 24 de octubre de 2016. (fls. 262 y 330 del expediente digitalizado).

Aunado a ello incluyó a los *“sucesores en el derecho debatido a todas aquellas personas naturales o jurídicas a quienes se les haya adjudicado los derechos litigiosos de la extinta sociedad aguas del alto magdalena S.A. ESP”*, a quienes les designó curador ad litem quien contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda (fl 526 a 528 expediente digitalizado).

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de abril de 2021, **CONDENÓ** a AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. E.S.P. y solidariamente a la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS E.S.P. a pagar a la demandante las sumas de \$3.579.830 por concepto de saldo de compensación en dinero de vacaciones, \$5.691.481 por concepto de indemnización por despido injusto, \$43.173.333 por concepto de indemnización moratoria por no consignación de las cesantías, \$52.800.000 por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por el periodo del 1 de septiembre de 2011 al 1 de septiembre de 2013, a partir del 2 de septiembre de 2013 y hasta el 6 de abril de 2015 deberá cancelarse los

intereses moratorios de acuerdo con esta misma norma y sobre un capital de \$6.312.691; **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, declaró probada parcialmente de oficio la excepción de pago; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS ESP – TOCAGUA ESP.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia fue adversa a la demandada EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS ESP – TOCAGUA ESP, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

### **CONSIDERACIONES**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: 1. si la demandada EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA E.S.P., debe responder solidariamente por las condenas impuestas en cabeza de AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. E.S.P. liquidada.

#### **DE LA SOLIDARIDAD DE LAS CONDENAS**

Para resolver lo anterior, en primera medida debe indicarse que solo será objeto de revisión lo concerniente a la solidaridad por medio de la cual se ordenó a la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA E.S.P. a pagar las condenas que fueron ordenadas en cabeza de AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. LIQUIDADADA, lo que excluye del estudio de esta Corporación lo concerniente a la relación laboral declarada, y el valor de los emolumentos ordenados, en razón a que los mismos devienen del estudio realizado por el *A quo* de lo acontecido en la relación que ató a la demandante con su empleador, frente a quienes no fue concedido el grado jurisdiccional de consulta.

Así las cosas, debe traerse a colación lo establecido en el art. 34 del C.S.T.:

*“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero 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, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

*2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”*

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en criterio pacífico y reiterado ha establecido que la solidaridad del beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de este, debe predicarse no solo del giro ordinario de las actividades suscritas en los objetos sociales de las empresas, sino también de la relación o conexión con la actividad encomendada al contratista e incluso las características y causalidad de la actividad específica desarrollada por el trabajador, así lo ha dispuesto entre otras en sentencia de radicado 33082 del 2 de junio de 2009, reiterada en sentencias SL14692-2017 y SL4873-2021, pronunciamiento último en que además indicó que:

*“En efecto, aunque esta Corporación también ha indicado que para que surja la responsabilidad solidaria del beneficiario no es suficiente con que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una*

*necesidad propia del beneficiario, sino que aquella constituya «[...] una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social [...]», como lo acotó la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017 o que , en otras palabras, «[...] la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico», como se dijo, en la CSJ SL4400-2014, ello no implica que las actividades normales de las empresas comparadas o de la dueña de la obra y la actividad prestada por el contratista y el trabajador deban ser iguales, o estar insertas en el objeto social de la primera, pues conforme lo ha decantado la jurisprudencia, para que opere la garantía en comento, se requiere únicamente que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del empresario beneficiario del servicio o dueño de la obra y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores.*

*En tal sentido lo explicó la Sala, en la sentencia CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 27623, reiterada en las CSJ SL, 25 ag. 2012, rad. 39048; CSJ SL485-2013 y CSJ SL695-2013, al orientar, en la primera, que:*

*[...] no se equivoca el ad quem en dilucidar la existencia del giro ordinario de negocios como presupuesto de la solidaridad del beneficiario de la obra con el contratista independiente, dándole primacía a la realidad de la actividad de los negocios sobre las formalidades comerciales, de manera que se pueda predicar que cuando el empleador realiza por sí o por terceras personas, obras nuevas o de mantenimiento, que van a ser parte de la cadena productiva, instrumento para la manipulación de las materias que se transforman o de los productos acabados, está justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios; sería un contrasentido calificar esa actividad como extraña a las actividades normales de la empresa, simplemente, porque se omitió incluirla en la relación descriptiva del objeto social; o porque no se le da aplicación a la cláusula de reserva que suele aparecer en los estatutos sociales, aquella del tenor que aparece en el Certificado de la Cámara de Comercio de la entidad recurrente en casación: ‘En general celebrar y ejecutar todo acto o contrato que se relacione con*

*o complemente el objeto social principal'; o porque el empleador violó los límites de su objeto social, y se adentró en actividades ajenas a las formalmente declaradas en la Cámara de Comercio, caso en el cual, el espíritu tuitivo del derecho laboral ha de conducir a tomar una decisión que no implique que quien resulte sancionado sea el trabajador.”*

Y en la CSJ SL485-2013, que:

*[...] lo que declaró el juzgador colegiado fue que las actividades desarrolladas por la sociedad demandada son conexas a las que realizaba el contratista, empleador del actor, circunstancia que no en todos los casos se deduce o está contenida en el objeto social que registró la sociedad en la Cámara de Comercio.”*

Así pues, en primera medida se observa del certificado de existencia y representación de AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. LIQUIDADA, que su objeto consiste en *“la suscripción y ejecución del control de operación para la gestión, financiación, operación, diseño, rehabilitación, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias en el área de operación, y en general la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en dicha área de conformidad con el régimen jurídico aplicable al contrato, los términos y condiciones que se establecen en el mismo, la oferta del consorcio aguas del alto magdalena aceptada por TOCAGUA ESP (...)”*(fl 3 a 10 expediente digitalizado)

De igual forma se verifica que en la Resolución No.05 de 2003 emitida por la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA E.S.P, esta última indicó que según el artículo 6 de sus estatutos tiene por objeto *“la prestación de los servicios públicos domiciliarios de Acueducto y alcantarillado y actividades complementarias en la jurisdicción de los municipios asociados a través de los diferentes mecanismos previstos en la constitución y la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y tendrá como fin primordial la contratación de uno o más operadores especializados para la*

*prestación de los servicios públicos aquí enunciados” (fl 169 y 170 expediente digitalizado)*

Igualmente, obra contrato de operación celebrado entre la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA E.S.P, y AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. LIQUIDADA, el cual tenía por objeto *“la gestión, financiación, operación, diseño, rehabilitación, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura de los Servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias en el área de operación y en general la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en dicha área, de conformidad con el régimen jurídico aplicable al contrato en los términos y condiciones que se establecen en el mismo, la oferta del OPERADOR aceptada por el CONTRATANTE y los pliegos de condiciones de la convocatoria pública No 001 de 2003”*

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado entonces que la finalidad del contrato de operación, se encuentra estrechamente ligado al desarrollo del objeto social de TOCAGUA ESP, ya que con la suscripción del mismo buscaba prestar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado por intermedio de un operador externo, en este caso AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. LIQUIDADA, por lo que concuerda esta Sala con la conclusión a la que arribó el *A quo*, en lo que refiere a que como las labores por las cuales se contrató a la demandante, nacieron con ocasión del contrato de operación celebrado entre las demandadas, y este a su vez resulta ser parte del giro ordinario de la empresa pública, las actividades realizadas por la demandante son conexas y complementarias a las actividades de la empresa beneficiaria.

Por lo anterior resulta procedente declarar probada la existencia de responsabilidad solidaria en cabeza del EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA E.S.P, respecto de las condenas que fueron impuestas en favor del demandante, derivadas del contrato de trabajo existente con AGUAS DEL ALTO MAGDALENA S.A. LIQUIDADA, siendo pertinente reiterar dentro de este escenario, que esta solidaridad no obsta para que el beneficiario, repita contra el contratista por lo pagado a esos trabajadores en el marco de la responsabilidad solidaria.

Por todo lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de DECLARAR solidariamente responsable de las condenas a EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TOCAIMA Y AGUA DE DIOS - TOCAGUA E.S.P, de las condenas impuestas a favor de la demandante

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado 5 Laboral el Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: Sin costas** en esta instancia

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500520110072101)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310500520110072101)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500520110072101)

[05-2011-00721-01](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 022-2013-000149-01**

Bogotá D.C. treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **MARÍA ARGENIS MUÑOZ CUERVO**  
DEMANDADO: **COOPERATIVA DE VIGILANCIA PRIVADA COOVISOCIAL CTA,  
CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES Y CODENSA S.A.**  
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA- CENTRO  
COMERCIAL CIUDAD MONTES Y COOVISOCIAL.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada - **CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES Y COOVISOCIAL CTA**- en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22º Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes **CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES Y COOVISOCIAL CTA**, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 10 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **MARÍA ARGENIS MUÑOZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra la **COOPERATIVA DE VIGILANCIA PRIVADA COOVISOCIAL CTA, CENTRO**

COMERCIAL CIUDAD MONTES y CODENSA S.A., debidamente sustentada como aparece de folio 2-6 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS PRINCIPALES:**

1. **DECLARAR** que las empresas demandadas son responsables por la muerte del trabajador YESID PERDOMO CASTRO, cuyo deceso ocurrió cuando se encontraba desarrollando las labores encomendadas.

**CONDENAS PRINCIPALES.**

1. **CONDENAR** a las demandadas al pago de las indemnizaciones a que haya lugar, atendiendo los hechos que rodearon el accidente de trabajo.
2. **CONDENAR** a las demandadas a pagarle los daños causados a título de perjuicios morales, distintos del lucro cesante y daño emergente.
3. **CONDENAR** a la pasiva, al pago de los salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos o condenar al pago de sumas mayores.
4. Costas procesales.

**CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La COOPERATIVA COOVISOCIAL CTA., contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el señor PERDOMO CASTRO, fue trabajador asociado de la compañía, y que el accidente ocurrió en un lugar en el cual no debió estar prestando ninguna clase de servicio. Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa (folio 76-79).

Mientras que el CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES, luego de oponerse a la prosperidad de las peticiones, adujo que el accidente ocurrió cuando el trabajador se encontraba cumpliendo funciones asignadas por la COOPERATIVA COOVISOCIAL, en atención al contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada que suscribió con esta última entidad. Propuso las excepciones de carencia de causa para la acción e inexistencia de responsabilidad.

Finalmente, CODENSA S.A., manifestó que no fue empleador del señor PERDOMO CASTRO, ni tuvo relación jurídica de carácter civil o comercial con la cooperativa.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Mediante auto “*de noviembre de Dos Mil Trece (2013)*”, el Juzgado de origen admitió los escritos de defensa presentados por las compañías demandadas (folio 337).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 22º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de abril de 2021, **DECLARÓ** que entre el señor YESID PERDOMO y la COOPERATIVA DE VIGILANCIA COOVISOCIAL existió un contrato de trabajo, vigente del 24 de noviembre de 2011 hasta el 12 de mayo de 2012 y que el accidente sufrido fue culpa de la mentada cooperativa. **CONDENÓ** a la Cooperativa COOVISOCIAL y solidariamente al CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES a pagar a la demandante la suma de \$104.795.470, por concepto de lucro cesante consolidado. **CONDENÓ** a COOVISOCIAL y solidariamente al CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES a pagar a la actora \$103.226.345 por concepto de lucro cesante futuro. **CONDENÓ** a las demandadas a pagar de manera solidaria por concepto de daño moral la suma de 20 S.M.L.M.V. **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por CODENSA y no probadas las demás excepciones presentadas por las restantes accionadas y **CONDENÓ** en costas a COOVISOCIAL y al CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES.

### **RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANDA -COOVISOCIAL CTA y CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES-**

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada -COOVISOCIAL CTA - interpuso recurso de apelación, insistiendo en que el trabajador fallecido nunca fue contratado para prestar los servicios en la estación eléctrica, sino por el contrario la labor que realizaba no ponía en riesgo su integridad física, pues solo consistía en prender y pagar los interruptores, sin ingresar a una unidad que solo era exclusiva de CODENSA. Adujo que no existió una valoración del riesgo, ya que fue el mismo trabajador quien decidió entrar a la subestación a sabiendas que las funciones asignadas no le correspondía desarrollarlas allí, situación que se podía corroborar de los interrogatorios de parte practicados. Por último, indicó que, al existir culpa exclusiva de la víctima,

derivada de la imprudencia, no se configuraron los requisitos para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios.

Entre tanto el CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES, alegó: *“no analizo usted la totalidad de las pruebas, en la medida que consideramos que en el interrogatorio que le práctico Mabel García, representante legal del centro comercial, evidencia que efectivamente la situación extraña en la que el señor Perdomo lastimosamente perdió la vida no correspondía directamente a funciones que le había sido asignadas, en ningún momento se le dio la instrucción que entrara al cuarto de Codensa , consideramos que es excusable por parte del centro comercial debido a que no está debidamente comprobada la culpa patronal, en segunda medida también presentamos recurso de apelación en consideración o avocando al principio de la unidad la prueba y de la comunidad de la prueba, consideramos que hay otras pruebas dentro del plenario que permiten exonerar o disculpar al centro comercial Ciudad Montes, como es el contrato que había firmado con la cooperativa, que excluía de cualquier responsabilidad por la negligencia o perecía de cualquiera de los trabajadores”*

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: si el deceso del señor YESID PERDOMO CASTRO, ocurrió por culpa exclusiva del empleador, al no prestarle la seguridad necesaria

#### **- De la indemnización plena de perjuicios- artículo 216 del CST.**

En la instancia, no está en controversia que entre el señor YESID PERSOMO CASTRO y la COOPERATIVA DE VIGILANCIA COOVISOCIAL CTA, existió un contrato de trabajo, vigente entre el 24 de noviembre de 2011 y hasta el 12 de mayo de 2012, fecha en que el trabajador falleció, pues así se estableció en la sentencia de primera instancia y se corrobora del registro civil de defunción.

Aduce la parte demandante que, el señor YESID PERDOMO CASTRO, falleció el **12 de mayo de 2012**, como consecuencia de un accidente de trabajo acaecido por falta de las medidas de prevención y seguridad, por parte de la entidad empleadora.

De manera que, para resolver la controversia planteada sobre la culpa patronal, necesario es acudir al artículo 216 del C.S.T., que establece:

*“ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista **culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo** o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.”*

Sobre el asunto, es procedente señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral-, por vía de ejemplo en sentencia del 21 de junio de 2017, radicación 40457, ha explicado:

*“Tal y como lo ha explicado esta Sala, la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (art. 56 C.S.T.).*

En consecuencia, para que proceda la indemnización ordinaria y plena de perjuicios a cargo del empleador, debe aparecer su culpa suficientemente comprobada en la ocurrencia del accidente de trabajo; esto es, su incumplimiento en los deberes de protección y seguridad respecto de sus trabajadores como lo establecen los artículos 56 y 57 del Código Sustantivo del Trabajo, por ello si aparece demostrado que el **mero incumplimiento en la “diligencia y cuidado”** que debe desplegar en la observancia de estos deberes, resulta prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y por ende, surge a su cargo la obligación de indemnizar al trabajador o sus beneficiarios.

De lo hasta aquí expuesto, el derecho a la indemnización plena de perjuicios por los accidentes de trabajo se origina cuando se demuestra en forma suficiente y adecuada:

- i) la existencia del daño,**
- ii) la culpa del empleador y**

- iii) ***el nexo de causalidad entre el daño sufrido y la culpa del empleador la ocurrencia del daño.***

**- DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO**

En este asunto, no existe controversia que el señor YESID PERDOMO CASTRO, falleció el **12 de mayo de 2012**, por un accidente de trabajo, pues así se corrobora del informe que obra a folio 183 y ss. del plenario, expedido por la Administradora de riesgos Profesionales Colpatria S.A.

**- De la culpa del empleador**

Tal como se mencionó, nace la obligación del empleador de indemnizar perjuicios cuando aparece demostrada **su falta de diligencia y cuidado para evitar el accidente de trabajo** por cuanto ha debido emplearla en los términos del artículo 1604<sup>1</sup> del CC y por tal razón, si pretende que desaparezca su responsabilidad debe asumir la carga de probar que cumplió con sus deberes de protección y seguridad para proteger la salud e integridad física de sus trabajadores.

En sentencias SL5619 radicado no. 47907 de 2016 y SL1565 de 2020, la CSJ, Sala Laboral aclaró que:

*“por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con*

---

<sup>1</sup> ARTICULO 1604. **RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.** El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; **y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.**

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

**La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.**

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

*diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores”.*

En este asunto, tenemos se reitera que la parte demandante aduce que el accidente en el que perdió la vida su compañero permanente fue como consecuencia de la falta de las medidas de prevención y seguridad, por parte de la entidad empleadora.

Así las cosas, tenemos que el señor PERDOMO CASTRO, se vinculó inicialmente como trabajador asociado a la COOPERATIVA COOVISOCIAL, entidad que suscribió un contrato de prestación de servicios de vigilancia, con el Centro Comercial Ciudad Montes, obligándose aquella *“con su propio personal en forma oportuna y diligente, bajo su exclusiva responsabilidad, de modo independiente, y con total autonomía técnica, administrativa y financiera, a prestar el Servicio de Vigilancia y Seguridad Privada (En adelante el “Servicio), todos los días del mes, según cotizaciones presentadas, las cuales hacen parte integral del presente Contrato de forma subsidiaria.”* (folio 109).

Por lo que, en virtud del contrato comercial, celebrado entre las entidades convocadas a juicio, el señor PERDOMO CASTRO, prestó sus servicios como vigilante en el Centro Comercial en mención (folio 82)

Ahora, en cuanto a las actividades o funciones que debía desarrollar el trabajador fallecido, del escrito de contestación presentado por el centro Comercial, se evidencia que además de vigilante, debía prender y apagar los interruptores: *“el occiso no tenía por qué entrar a dicho lugar puesto su labor consistía ÚNICAMENTE ABRIR LA PUERTA DE ACCESO Y DESDE EL MISMO UMBRAL ENCEDER Y/O APAGAR LOS TACOS DE LA LUZ”*

Así mismo la representante legal del Centro Comercial Ciudad Montes, frente a las actividades encomendadas al vigilante fallecido, indicó: *“ellos lo que deben hacer respecto de la iluminación del centro comercial ellos deben acercarse más o menos a las cinco de la tarde a encender la luces de todo el centro comercial, para que este fuera iluminado, la función que realizaría el guarda, sería abrir la puerta que estaba inmediatamente al lado frente a los tacos, abrir la puerta, si eran las cinco de la tarde subir los tacos, si ya se cerraba el centro comercial a las ocho de la noche, bajar los tacos y se les aclaraba muy precisamente le resultaba en inducción que de esa puerta no debía de pasar porque estaba totalmente prohibido y solo se aceptada el ingreso de funcionarios de codensa y también solo se aceptaban de funcionarios de la ETB, hasta*

*ahí debían estar los guardia.”* Manifestación que fue reiterada por el representante legal de COOVISOCIAL.

Luego de lo anterior, queda claro que entre las funciones asignadas al señor PERDOMO CASTRO, estaba la de vigilancia y el encendido y apagado de luces del centro Comercial, actividad esta última que se desarrollaba dentro de la subestación ubicada en el primer piso del citado lugar, y para ello se requería que el vigilante abriera la puerta y sin ingresar al sitio, solo estirando el brazo, situación relatada por la representante legal del citado centro comercial: *“esos tacos están inmediatamente, inmediatamente adentro de la puerta de la subestación eléctrica, están ubicados ahí, (...)no, no dejan entrar, únicamente abrir la puerta estirar la mano y bajarlo a la hora, cinco de la tarde, perdón subirlo a las cinco de la tarde y bajarlos a las ocho de la noche, que es cuando se cierra el centro comercial”*

Ahora, respecto del lugar en el que ocurrieron los hechos, se analizó el reporte efectuado por la ARL COLPATRIA, que enunció: *“El señor Linares argumenta que siendo las 5:00 am del día 12 de mayo de 2012 se dispuso a solicitar el reporte del puesto Centro Comercial ciudad Montes al guarda de turno Yesid Castro Perdomo, al cual no hubo respuesta, se intentó la comunicación en varias ocasiones por medio de Avantel, radio y celular, se realizó monitoreo constantemente por lo que procedió a llamar de inmediato al supervisor de turno Orlando Molano para su desplazamiento y apoyo a este puesto, posteriormente recibe una llamada de la señora Administradora del Centro Comercial Angelica Ariza preguntando que pasaba con el guarda que no le contestaba, informándole que el supervisor ya estaba en el puesto revisando, que la mantendría informada. Al momento de llegar el supervisor ya se encuentra la policía en el sitio y otras personas que aducen haber escuchado una explosión como a las 5:05 am, se dirigió el supervisor junto con los policías a realizar recorrido y no encontraron novedad alguna, posteriormente hace presencia la administradora la cual autoriza romper el vidrio e ingresar al Centro Comercial, posteriormente el supervisor se comunica telefónicamente e informa que el guarda Yesid Perdomo Castro estaba muerto al parecer por descarga eléctrica.”*

Así mismo frente a la descripción detallada del lugar del accidente, la ARL COLPATRIA, comunicó: *“El centro Comercial Ciudad Montes se encuentra ubicado en la Ciudad de Bogotá sobre la Transv. 11 sur con Cra 31, éste centro ocupa una manzana del sector , existen tres entradas para el ingreso al mismo, la primera sobre la Cra 31, la segunda y tercera sobre la Cra 32 sur una hacia el norte y la otra hacia el sur, al interior del centro*

*comercial existen locales comerciales de diferentes actividades económicas, al frente de la entrada tres ubicada hacia el sur hay un cuarto, en el que se encuentra cajas telefónicas las cuales pertenecen a la empresa ETB, estas están al fondo del cuarto, en la parte izquierda de éste hay contadores de energía de los locales comerciales, en la entrada del cuarto hacia la parte derecha se evidencia tacos de energía los cuales cumplen la función de controlar la iluminación del centro comercial, al lado de ellos se evidencia unas subestaciones eléctricas, en la primera subestación se presentó el accidente esta posee una puerta de protección y esta señalizada con advertencia riesgo eléctrico, al interior de dicha subestación hay un espacio de la puerta hasta los cables de alta tensión de aproximadamente 50 cm, la altura es aproximadamente 2,5 mts y el ancho de la misma es aproximadamente 1.5 mts.”*

Entre tanto el representante legal de CODENSA, en su interrogatorio manifestó: *“el cuarto de máquina del centro comercial no es de codensa, dentro de ese cuarto esta la subestación de codensa, entonces digamos que, de ahí es que parte el servicio”*

Igualmente, la representante legal del centro comercial adujo que esa subestación se encuentra con seguridad y que sola las llaves, son manejadas por la administradora y los vigilantes: *“sigue teniendo un candado que solo lo debe manejar la administración, y los guardas de seguridad porque ellos solo lo manejan para encender las luces, a las cinco de la tardes y apagarlas a las ocho de la noche, tenía candado, ya si está hablando de las máquinas, de los monstruos de esos armarios de CODENSA, que son como unas máquinas en realidad, de eso no teníamos candados, ni acceso porque nunca nadie se acercaba a esas máquinas exclusivamente era manejo de codensa, en el momento del accidente esos armarios no tenían candados de seguridad, CODENSA como ahora los tiene.*

En este orden de ideas, de las situaciones fácticas relatadas, se llega a la conclusión que medio culpa del empleador en el accidente que le generó la muerte al trabajador, por las razones que pasan a verse:

- El empleador al tener conocimiento que, dentro de las funciones asignadas a los trabajadores, se encontraba el encendido y apagado de luces, los cuales se encontraban al interior de una subestación, debió tomar las medidas pertinentes y de seguridad tendientes a resguardar la integridad de sus trabajadores, pero ello no ocurrió, pues no se evidencia que al causante le hubiesen señalado que los tacos de la energía, solo debían ser encendidos desde el exterior de la

subestaciones, solo ingresando los brazos, más cuando en un mismo lugar se encontraban máquinas que generaban un riesgo para quien ingresara.

- Aunado a lo anterior, según reporte realizado por la ARL, la distancia entre los interruptores de energía y la planta eléctrica, era muy corta: *“en la entrada del cuarto hacia la parte derecha se evidencia tacos de energía los cuales cumplen la función de controlar la iluminación del centro comercial, **al lado de ellos** se evidencia unas subestaciones eléctricas, en la primera subestación se presentó el accidente esta posee una puerta de protección y esta señalizada con advertencia riesgo eléctrico, al interior de dicha subestación hay un espacio de la puerta hasta los cables de alta tensión de aproximadamente 50 cm, la altura es aproximadamente 2,5 mts y el ancho de la misma es aproximadamente 1.5 mts.”*
- El hecho, que las máquinas o planta eléctricas, estuviesen resguardados por unos armarios, los cuales tenían una ventana para poder visualizar, no alcanza a eximir a las llamadas a juicio de la responsabilidad que se les endilga, ya que los interruptores de la energía se encontraba en dicha subestación, cuyo apertura estaba a cargo de los guardias y de la administradora, al tener la llaves, lo que a todas luces constituía un riesgo para el trabajador, al tener que ingresar allí, aun cuando no tuviese que manipular los máquinas.
- La ARL COLPATRIA, en su informe del accidente, encontró como condiciones inseguras: *“De acuerdo con lo observado en el lugar al momento de la visita para la presente investigación, no se evidencia que este demarcado el límite de aproximación segura para el acceso a la subestación eléctrica de Personal No calificado. Deficiente señalización y demarcación del cuarto de la subestación y zona aledaña. Posible deficiencia en el sistema de aseguramiento de la puerta de acceso a la celda o tablero eléctrico N°3, lo que posiblemente facilito su apertura por algún motivo que se desconoce. Deficiente medidas preventivas de seguridad industrial y salud ocupacional específicas contra los factores de riesgo eléctrico que debe cumplir una subestación eléctrica en edificaciones de acuerdo con el RETIE.” (folio 201)*
- Solo se tomaron medidas, después de ocurrido el accidente, en la medida que a cada una de las puertas de acceso a las plantas eléctricas se les asignó un candado.
- Adicionalmente COOVISOCIAL, emitió el 29 de junio de 2012 -después de ocurrido el deceso- un oficio con destino al centro comercial, indicándole una serie de recomendaciones, situación que da cuenta aún más que el trabajador si estaba expuesto a factores de riesgo: *“Correr la puerta de acceso del cuarto eléctrico después de los tacos y que las llaves solo sean utilizadas por el personal de*

*CODENSA y ETB, así mismo proteger los tacos de electricidad con cajas bajo llave. Señalizar con aclaración de RESIGO ELÉCTRICO y especificando que solo se permite el ingreso al personal autorizado y entrenado. REFORZAR programa de inducción y reinducción a los guardas que prestan el servicio en dicho lugar” (folio 243)*

- El representante legal de la Cooperativa COOVISOCIAL, manifestó que prepararon a los vigilantes para desarrollar esa función; sin embargo, no allegó ningún elemento de juicio que acreditará esta situación, como tampoco se acreditó que el horario de encendido y apagado de luces, solo lo era las cinco de la tarde y ocho de la noche
- Igualmente, la representante legal del Centro Comercial, aduce que fueron varios los llamados de atención realizados al trabajador fallecido por tener cartones, los cuales utilizaba para su descanso, y que el día de los hechos fue encontrado con unos de ellos, pero nótese que en el reporte efectuado por la ARL, no se enuncia nada al respecto, más si se tiene que no fueron aportados los mencionados llamados de atención.
- El Ministerio de trabajo, mediante Resolución n.º 00246 del 13 de marzo de 2013, sancionó a la Cooperativa COOVISOCIAL, con una multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que dentro del trámite administrativo “*Omitió presentar el Panorama de Factores de Riesgo acorde a los riesgos reales y potenciales de acuerdo a la actividad económica que desarrolla la Cooperativa y en su lugar envió el panorama de factores de riesgo de la “FUNDACION OFTAMOLOGICA NACIONAL” impidiendo el ejercicio de inspección, vigilancia y control propio de la función misional del Ministerio de trabajo.*”, lo que da cuenta que no se analizó por parte del empleador el puesto de trabajo asignado al empleado fallecido.

Así las cosas, es claro que se configuraron los requisitos para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios, ya que existió un daño, además de evidenciarse la culpa del empleador, y de presentarse ese nexo de causalidad, por lo que las entidades demandadas COOVISOCIAL y CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES, deben responder de manera solidaria por las condenas impuestas en primera instancia, sin que la cuantía de las mismas, como tampoco la responsabilidad solidaria y la calidad de compañera permanente hubiese sido objeto de reparo en esta instancia.

Ahora frente a la responsabilidad solidaria cabe precisar, que el juzgado de instancia para acceder a dicha suplica, estudio los presupuestos enunciados en el artículo 34 del

C.S.T., así como precedentes jurisprudenciales emitidos por la Sala de Casación Laboral:

*“Lo anterior, fue precisado en la sentencia del 6 de marzo de 2013, radicado 39050 y SL7789 de 2016, oportunidad en la que la Corte señaló que para que se configure la solidaridad, además de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere que ella constituya una función normalmente realizada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico. Así mismo, recordó que para su determinación se podía tener en cuenta la actividad específica ejecutada por el trabajador y no solo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra.*

*Finalmente, en la sentencia SL7459-2017 del 8 de marzo de 2017, indicó que la interpretación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pasa por considerar que la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra existe a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, caso en el que tal obligación deja de operar y debe responder por salarios, prestaciones, e indemnizaciones del contratista, “lo que de contera, comporta que la carga de probar la excepción gravita sobre quien la alega. Así debe ser, además, porque esa exclusión de responsabilidad, basada en el carácter del beneficiario o dueño de la obra, conllevaría una discriminación negativa desfavorable al trabajador, sujeto contractual al que le resulta indiferente ese aspecto, toda vez que, en cualquier caso, el espíritu de la norma es propugnar por una mayor protección”.*

*En este punto, si bien la seguridad y vigilancia no se encuentran dentro del giro ordinario de servicios que presta el centro comercial Ciudad Montes, de lo que inicialmente podría pensarse que no se puede predicar solidaridad respecto de este, lo cierto es que este fue beneficiario de la labor contratada con la Cooperativa de Trabajo Asociado COOVISOCIAL, la cual ejecutó el señor YESID PERDOMO, lo que activa la solidaridad prevista en el literal b) del artículo 34 del CST, por lo que se condenará al Centro Comercial Ciudad Montes, a responder solidariamente por los valores aquí condenados.”*

Así las cosas, nótese que el apoderado del centro comercial en ningún aparte de la sustención del recurso de apelación, hizo referencia a los presupuestos contemplados en el artículo 34 del C.S.T., ni atacó las consideraciones del A-quo, sobre la procedencia de la mentada responsabilidad solidaria, para que en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66<sup>a</sup>, haya sido objeto de estudio por esta Corporación, sin que tal requerimiento se tenga surtido de la afirmación: *“consideramos que hay otras pruebas dentro del plenario que permiten exonerar o disculpar al centro comercial Ciudad Montes, como es el contrato que había firmado con la cooperativa, que excluía de cualquier responsabilidad por la negligencia o perecía de cualquiera de los trabajadores”*, pues se reitera que no hace alusión a los requisitos legales, contemplados en el artículo 34 del C.S.T., para su exoneración, simplemente a un contrato de prestación que, contrario a la pensado por la pasiva reitera o da cuenta aún más de la

manifestación realizada por el Juzgado de origen, esto es, que fue beneficiario del servicio, argumento que conllevo a la condena.

Bastan los argumentos expuestos, para CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de Primera Instancia.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a la demandada COOVISOCIAL y CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES, habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un SMLMV y a favor de la actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada - COOVISOCIAL y CENTRO COMERCIAL CIUDAD MONTES y a favor de la accionante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

(Rad. 11001310502220130014901)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310502220130014901)

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Maria Henao Palacio', written in a cursive style.

**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

*(Rad. 11001310502220130014901)*



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 38-2019-00671-04**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: HAYDEE DE MERA OLAYA**  
**DEMANDADOS: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A.**  
**ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada AVIANCA S.A. presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora HAYDEE DE MERA OLAYA instauró demanda ordinaria laboral contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A., como aparece a folios 3 a 44 del archivo 01 del expediente digital, subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls. 479 a 518 del archivo 01 del expediente digital), y reforma de la demanda (archivo pdf denominado “*reforma*” en la carpeta 03 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) **CONDENAR** a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A. a reliquidar la pensión que le reconoció a la demandante incluyendo dentro del IBL pensional, el concepto o factor salarial de viáticos por alojamiento causados en el último año de servicios, en el monto que fue calculado en el dictamen pericial aportado con la demanda.
- 2) **CONDENAR** a la demandada a pagar los reajustes resultantes de la inclusión del factor salarial solicitado, desde la fecha del reconocimiento pensional, de manera retroactiva, y hasta que se actualice la mesada pensional.
- 3) **ORDENAR** a la demandada a pagar a favor de la demandante el mayor valor de la pensión, producto de la inclusión del factor salarial de viáticos por alojamiento, incluyendo las mesadas adicionales, y haciendo los reajustes anuales de Ley hasta que la prestación se mantenga vigente, o pague con destino a Colpensiones el cálculo actuarial diferencial que corresponda, a fin de que esa entidad asuma el pago total de la pensión.
- 4) **CONDENAR** a AVIANCA a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las sumas insolutas, junto con la indexación de las sumas condenadas
- 5) Y las costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La empresa **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A.** Contestó la demanda (archivo pdf denominado “*contestación Avianca 2019-671*” en la carpeta 02 del expediente digital), y la reforma de la demanda (archivo pdf denominado “*Contestación Reforma Demanda*” de la carpeta 08 del expediente digital), de acuerdo a los autos dictados el 8 de marzo de 2021, y 29 de abril de 2021 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 38 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de noviembre de 2021. **ABSOLVIÓ** a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A. de la totalidad de las suplicas de la demanda instaurada por la demandante; se **RELEVÓ** del estudio de las excepciones propuestas; **CONDENÓ**

en costas al actor; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, para lo cual argumentó que en el caso en concreto, ya se encuentra superado el punto sustancial, el cual delimitó como el carácter salarial de los viáticos por los cuales se pretende la reliquidación pensional, no obstante, indicó que el erró el *A quo* al absolver a la parte demandada por considerar la existencia de una carencia probatoria.

Manifestó que en lo que respecta la carga de la prueba, esta fue modificada con la expedición del Código General del Proceso, normativa que cambió la regla de que le compete a la parte probar los supuestos que dan razón a sus pretensiones, a invertir la carga, en el sentido de que debe probar quien se encuentre en mejor posición de hacerlo, por ese motivo aseguró que solicitó en la demanda que se le impusiera a la compañía demandada certificar los costos destinados a cubrir el alojamiento de la demandante, petición que acompañó de los itinerarios de vuelos de la actora, y soportó poniendo en conocimiento del *A quo* la existencia de un sistema de facturación individualizada mediante contrato hoteleros con Avianca, que no obstante, el juzgado aceptó que la demandada no allegara dicho certificado, porque la pasiva indicó que no se llevaba un control individualizado de los viáticos decisión que además pasa por alto la obligación impuesta al empleador en el numeral 2 del artículo 130 del CST.

Continúo indicando, que si el juzgador tenía certeza de que los viáticos constituían un factor salarial válido para la reliquidación pretendida, debía ordenar e insistir a la demandada emitir la certificación de los costos asumidos sin dar paso a la tesis de que la compañía no llevaba un control individualizado, y no castigar al trabajador la imposibilidad de conseguir la prueba, más aun cuando Avianca reconoce que si realizó el pago directamente a los hoteles en cada ciudad.

Finalmente, adujo que si bien la pertinencia del dictamen pericial aportado no es el centro de la discusión, y en el mismo se aplicaron cifras deflactadas por existir vacíos en la información, tal situación debió entenderse sorteada con la certificación

expedida por Avianca en el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá en el que indica que si existen vacíos en el valor de los viáticos, deben aplicarse los valores del último contrato conocido con el hotel, por lo que con la información aportada podía el grupo liquidador de la rama judicial determinar el valor concreto para proferir la sentencia condenatoria.

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí erró el *A quo* al absolver a la demandada AVIANCA S.A. por falta de demostración de las pretensiones, **2.** Y en caso afirmativo si le asiste el derecho a la señora **HAYDEE DE MERA OLAYA** a reliquidar la pensión incluyendo en el IBL el concepto de viáticos por alojamiento del último año de servicios, conforme al dictamen pericial aportado.

### **STATUS DE PENSIONADA Y CARÁCTER SALARIAL DE LOS VIÁTICOS DE ALOJAMIENTOS:**

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que a la señora HAYDEE DE MERA OLAYA, le fue reconocida por parte de la demandada, una pensión de carácter temporal, mediante Conciliación celebrada el 18 de noviembre de 2003 ante la inspección 11 del Ministerio de la Protección Social Dirección Territorial del Trabajo, en cuantía inicial de \$2.399.977 equivalente al 75% del salario promedio del último año de servicio, a partir del 4 de marzo de 2004. (fl 67 a 73 del archivo 01 del expediente digital)

Tampoco fue objeto de inconformidad para estudio de esta instancia, que el concepto denominado “*Viáticos de alojamiento*” solicitado por la parte actora, tiene carácter de factor salarial, por lo que no se realizará pronunciamiento adicional respecto a la naturaleza del mismo.

### **DE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

Ahora, observa esta Corporación, que los argumentos esbozados por el recurrente recaen en su mayoría en que el *A quo* como director del proceso, no redistribuyó la carga de la prueba a favor de la parte demandante, para que fuera la empresa demandada quien acreditara los valores por los cuales se pagaron a favor de la actora el concepto de Viáticos de alojamiento.

Dicho esto, con miras a resolver el recurso impetrado, debe rememorar esta Sala de decisión el estudio de la Carga dinámica de la prueba realizado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia más reciente SL2620-2022 luego de transcribir el artículo 167 del CGP, estableció que:

*“La norma que se acaba de transcribir, en su primer inciso, prevé como regla general la carga estática de la prueba como lo establecía el artículo 177 del CPC, esto es, quien quisiera probar el supuesto fáctico de las normas contentivas del efecto jurídico que persigue, así debe acreditarlo. Puesto, en otros términos, cada parte está en la obligación de probar los hechos de su demanda o de la defensa.*

(...)

*Sobre el alcance de esta categoría jurídica, en SC9193-2017, la Corte puntualizó,*

*La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.*

*Ahora bien, el inciso segundo, como excepción alude a la carga dinámica de la prueba, pasando del postulado «quien alega debe probar» al de «quien puede debe probar», que por cierto y de manera general esta figura ya se*

*encontraba consagrada en el ordenamiento adjetivo laboral, concretamente en el artículo 48 del CPTSS, modificado por el artículo 7 de la Ley 1149 de 2007.*

*El citado segundo inciso, le concede al juez la posibilidad de equilibrar las cargas en materia probatoria, lo cual como se dijo en la providencia citada anteriormente, debe estar en armonía con «la norma sustancial que rige la controversia», pues es la única manera de conservar el rol de imparcialidad que caracteriza al fallador; de no ser así, se estaría difiriendo al operador judicial una obligación que le corresponde a las partes, quienes por esencia son las llamadas a probar los supuestos fácticos de su demanda o la defensa.*

*Al efecto, importa recordar lo dicho por la Corte en sentencia CSJ SC1656-2018, en la que se precisó:*

*El decreto oficioso de pruebas no implica suprimir el principio dispositivo que regula en forma general esa precisa materia, ni supone aplicarlo de manera inopinada en todos los casos. Esto significa que el sistema híbrido, por lo visto, de carácter excepcional, impone examinar para su aplicación, la conducencia o idoneidad legal, la pertinencia y la utilidad, la conveniencia o necesidad del medio; precisamente, como hitos a la discrecionalidad o al desafuero del juez, según arriba se anticipó.*

*En este orden, el referido inciso segundo del artículo 167 del CGP, le asigna la responsabilidad a la parte que se encuentre más próxima a su fuente con el fin de encontrar la verdad real y material que permita impartir justicia, con lo cual es claro que el régimen probatorio en Colombia sufrió una importante variación.*

*Teniendo en cuenta lo precedente, en nuestro sistema procesal vigente, es viable la distribución de la carga de la prueba, pero solo como excepción, por tanto, el operador judicial, en principio deberá sujetarse a la regla general de la carga estática de la prueba y valorar los medios de persuasión de conformidad a lo establecido por el artículo 61 del CPTSS.*

*Adicionalmente cabe señalar que, el artículo 167 del CGP le dio al juez una facultad para distribuir la carga de la prueba, es así que en sentencia CC C-086 del 2016 se precisó que esa intervención tiene cabida por el ejercicio de su poder oficioso para decretar y practicar pruebas o como resultado de su*

*pronunciamiento ante la solicitud de las partes, en uno y otro caso, se deberá sopesar las circunstancias especiales que justifiquen esa distribución, sin que ello implique un deber impuesto por el legislador para todos los casos(...)*  
 (...)

*De acuerdo con ello, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes (CSJ SC5676-2018 de 19 dic. 2018, rad. 2008-00165-01).*

Conforme a lo anterior, es claro que aun cuando tiene razón el recurrente en que el juzgador tenía la facultad de redistribuir la carga de la prueba en caso de ser necesario, tal situación no resulta ser una regla obligatoria para el juez de conocimiento, pues como lo indico nuestro órgano de cierre, es una facultad de carácter excepcional, y solo aplica en los casos en que el juez considere necesaria la redistribución con miras a determinar la verdad real, no obstante, no exime a la parte demandante de allegar el caudal probatorio necesario para demostrar los presupuestos mínimos de las pretensiones suscritas en la demanda, pues en ultimas por ser la parte interesada en las resultas del proceso, es quien debe entregar los elementos probatorios para llevar al convencimiento del juzgador a un resultado favorable.

Dicho esto y centrándose en el caso bajo estudio, debe decirse que no erró el *A quo* al determinar la falta de demostración de las pretensiones, pues si bien la parte demandante con su libelo introductorio, solicitó requerir a la parte demandada para que aportara *“el valor de los costos asumidos por la empresa con cargo a los alojamientos de la demandante cuando pernocto para los años 2001 a 2003, según itinerario, en las ciudades de Nueva York, Miami, Madrid, MexicoD.F, Sao Pablo, Rio de Janeiro, Los Ángeles, Lima, Buenos Aires, Washington, Guayaquil, Quito, Santiago de Chile, Barcelona , Caracas y la Paz”*, lo cierto es que para esta Sala de decisión tal solicitud resulta ser demasiado genérica como para que el juzgador de conocimiento insistiera en mayor medida, aun teniendo en cuenta que la demandada indicó en su contestación de la reforma de la demanda que *“no existe un control individualizado de cada una de las habitaciones utilizadas por las personas que desempeñan los mencionados cargos”*.

Así las cosas, debe decir esta Corporación que aun cuando se demostró con el cuadro de Excel aportado con la contestación los itinerarios de viaje realizados por la aquí demandante en el exterior, lo cierto es que no hubo prueba adicional por medio de la cual pudiera inferirse el nombre del hotel en que pernoctó la actora, su tarifa y los días en que se alojó en el mismo, para así lograr obtener el valor exacto que excluyó la demandada del salario base de liquidación de la pensión otorgada, sin que pueda excusarse en la presunta inoperancia del juzgador de la carga dinámica de la prueba, pues en el presente asunto, tendría no solo que determinar las tarifas acordadas entre los hoteles y la demandada, sino que además tendría que realizar una búsqueda entre cada uno de los ubicados en la ciudad donde viajó la demandante y establecer con veracidad su estadía en el mismo, situación que a vivas luces le corresponde demostrar a la parte demandante, más aun cuando fue la señora HAYDEE DE MERA OLAYA quien tiene certeza del establecimiento donde paso la noche.

Aunado a lo anterior, no puede pasarse por alto que en efecto, no puede dársele validez a los montos dispuestos en el dictamen pericial aportado (fl 359 a 431 del archivo 01 del expediente digital), toda vez que incluso en su contenido se indicó que *“como para esta época no se encontraron en su totalidad los contratos o convenios hoteleros que permitieran para ese año establecer las tarifas de los periodos a cuantificar, se procedió a cubrir el déficit, deflactado e incrementando la tarifa documentada con la variación del IPC debidamente certificada por el DANE”*, situación que además fue aceptada por la perito SANDRA YANETH GUARNIZO ORTIZ al momento de rendir su interrogatorio, lo cual implica que los valores allí consignados no tienen un soporte real del cual pueda establecerse su existencia en dicho periodo, lo que impide emitir una condena a la demandada toda vez que en ningún caso puede ordenarse el pago de dineros solamente con suposiciones.

Por todo lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia en su integridad, en el sentido de **ABSOLVER** a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso del apelante a HAYDEE DE MERA OLAYA, habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma de doscientos mil pesos (\$200.000), y a favor de la demandada AVIANCA S.A. que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el Juzgado 38 Laboral el Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante HAYDEE DE MERA OLAYA y a favor de la demandada AVIANCA S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma doscientos mil pesos (\$200.000).

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503820190067104)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310503820190067104)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503820190067104)

[38-2019-00671-04](#)