

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GILDARDO DE JESÚS ARENAS
DEMANDADOS	JAIME PUERTA ATEHORTÚA, LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	760013105 015 2017 00376 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN AMBAS PARTES
TEMAS Y SUBTEMAS	Contrato Realidad Pensión Sanción Trabajo Suplementario Despido Injusto
DECISIÓN	MODIFICA y ACLARA

SENTENCIA No. 409

Santiago de Cali, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 027 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandante, y los demandados JAIME PUERTA ATHEORTÚA y LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S., contra la Sentencia No. 037 del 7 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado JORGE ALBEIRO MORENO SOLIS identificada con T.P. No.253.865 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **JAIME PUERTA ATEHORTÚA, LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S. y COLPENSIONES**, con el fin de que: **1)** Se declare la existencia de un contrato de trabajo con los demandados desde el 15 de diciembre de 1992 hasta el 30 de mayo de 2015. **2)** Que el citado contrato culminó por decisión de la parte empleadora. **3)** En consecuencia, reclamó el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y el pago de los aportes a seguridad social en pensiones. **4)** De igual forma, deprecó porque se condene a los patronos al pago de la indemnización moratoria, la sanción por la no consignación a las cesantías, la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, y a la indemnización por despido sin justa causa. **5)** Así mismo, solicitó la pensión sanción a cargo del señor **JAIME PUERTA ATEHORTÚA**, desde el 16 de abril de 2010.

En subsidio de la pensión sanción reclamada, petición que **6) Se condene a COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 16 de abril de 2010, junto a los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **7) Simultáneamente deprecó** que se condene a **JAIME PUERTA ATEHORTÚA** a pagar el respectivo cálculo actuarial por los aportes dejados de cancelar entre el 15 de enero de 1992 y el 15 de mayo de 2015.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 6 a 16, así como en la contestaciones emanadas de **COLPENSIONES** obrante a folios 40 a 45, la arrimada por **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** a folios 62 a 74, y la proveniente del señor **JAIME PUERTA ATEHORTÚA** a folios 85 a 95, piezas procesales contenidas en el Archivo 01 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 037 del 7 de febrero de 2020, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la de inexistencia de la obligación alegada por **COLPENSIONES**. Acto seguido, declaró que entre el señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** y la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** existió un contrato de trabajo entre el 1 de febrero de 2008 y el 30 de mayo de 2015. En consecuencia, condenó a esta sociedad a pagar al actor las siguientes sumas de dinero:

CONCEPTO	VALOR
Cesantías	\$4.492.909
Intereses a las Cesantías	\$514.044
Primas de Servicios	\$4.492.909
Vacaciones	\$2.246.454
Sanción por no consignación de Cesantías	\$22.680.493
Indemnización Moratoria	Intereses moratorios a partir del 30 de mayo de 2015 y hasta el pago de la liquidación

De igual forma, le impuso a **COLPENSIONES** la obligación de cancelar en nombre del demandante, la correspondiente reserva actuarial por los aportes a pensión causados desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 30 de mayo de 2015.

En lo concerniente al señor **JAIME PUERTA ATEHORTÚA**, lo condenó a pagar los aportes a pensión por los ciclos completos de los meses octubre - noviembre de 2005, y de enero a mayo de 2006 con destino a **COLPENSIONES**. Luego, en lo concerniente a la entidad de pensiones mencionada, la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

Sustentó su decisión en que, de acuerdo a la Jurisprudencia, las certificaciones laborales emitidas por el empleador tienen pleno valor probatorio, y en ese sentido, las pruebas tanto documentales como testimoniales, muestran la existencia de una relación laboral entre el demandante y la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** de 2008 a 2015, como quiera que antes de dicha calenda, no se acreditó la prestación personal del servicio, a partir de lo cual concluyó que se adeudaban al demandante las prestaciones sociales y vacaciones causadas en este periodo, liquidables con base en el salario mínimo legal mensual vigente, así como a la sanción por la no consignación de las cesantías generada desde 2011.

Respecto a la indemnización por despido, adujo que la parte demandante no acreditó el hecho del despido, lo que hizo improcedente acceder a esta pretensión. En relación con la indemnización moratoria, puso de presente que al haberse incoado la demanda transcurridos más de dos (2) años desde la terminación del contrato, procedía la imposición de intereses de mora sobre las sumas adeudadas por liquidación de prestaciones.

De otro lado, consideró viable imponer a la sociedad demandada el pago del calculo actuarial por los aportes a pensión dejados de cancelar en favor del demandante durante la vigencia del contrato, puesto que a pesar de advertir que el trabajador pese a que estuvo afiliado en varios periodos con otros consorcios, no advirtió prueba en el expediente que diera cuenta de la participación de la constructora en aquellos, añadiendo que en la situación del demandante no existía pacto de exclusividad, razón que le permitía trabajar para otros empleadores. En cuanto a la pensión sanción reclamada en la demanda, dispuso que no había lugar a su reconocimiento, al no contar el demandante con el tiempo de relación laboral exigido en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

En lo concerniente a la pensión de vejez reclamada a **COLPENSIONES**, expuso que pese a ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 ibidem, no cumplió con el requisito de las 750 semanas al 29 de julio de 2005 requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005 para extender esta medida hasta 2014, ni siquiera contando el periodo cubierto con la reserva actuarial. Seguidamente consideró, que las semanas eran insuficientes para obtener el derecho pensional.

Finalmente, en cuanto al señor **JAIME PUERTA ATHEORTÚA** adujo que hubo relación laboral con el demandante entre julio de 2004 hasta junio de 2006, vinculo del cual se desprendió la obligación de efectuar aportes a pensión dejados de cancelar en este periodo.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación indicando que con las pruebas recaudadas en el proceso quedó acreditada la relación laboral sostenida desde el año 1992 hasta mayo de 2015, entre el demandante y el señor **JAIME PUERTA ATHEORTÚA**, quien constituyó la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, vinculo culminado por decisión de la demandada, razones que hacían procedente la pensión sanción desde la calenda de terminación del contrato.

Acto seguido, expuso que no se tuvo en cuenta que el demandante siempre laboró de noche, ello para efectos de considerar el recargo nocturno como factor salarial, aspecto que incrementaba el salario base para la liquidación de las prestaciones. En ese sentido, alegó que en sede de segunda instancia debía ordenarse el pago de los recargos nocturnos adeudados, junto al reajuste de las prestaciones otorgadas en sentencia.

También insistió en el pago de la indemnización por despido, precisando que era carga de la demandada acreditar que la terminación del contrato estuvo basada en una justa causa, y que, en lo referente a la indemnización moratoria, procedía ordenar su pago a razón de un (1) día de salario por cada día de retardo.

La mandataria judicial de los ACCIONADOS presentó recurso de apelación con argumentos particulares de acuerdo con la situación de cada uno de ellos. En lo concerniente al señor **JAIME PUERTA ATHEORTÚA** su inconformidad estuvo cernida al pago de los aportes a pensión que le fueron impuestos, pues asevera que, en la historia laboral del trabajador aportada al expediente se observa que estos fueron cancelados.

Luego, con respecto a la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** expresó que en el proceso se demostró su participación en la constitución de varios

consorcios en los cuales el demandante ejerció funciones desde noviembre de 2012 hasta febrero de 2013 (Consortio SERVISEXTA), culminado por ausencia del demandante, de enero a noviembre de 2013 terminado por finalización de la obra (Consortio SERVISEXTA), de noviembre de 2013 a octubre de 2014 (Consortio Nuevo Horizonte) y desde enero hasta abril de 2015 (Colectores). Con base en lo anterior, expuso que tampoco era dable declarar una relación continua desde 2008, en vista de que la prestación de servicios del demandante siempre dependía de la realización de obras y aquel también desarrollaba funciones en favor de otros empleadores. Además, afirmó, primero, que la sociedad en comento fue creada a partir del año 2009, y que el contenido de la certificación laboral arrimada al proceso fue desvirtuada con las demás pruebas practicadas, conforme lo autoriza la Sala de Casación Laboral en varios de sus pronunciamientos, manifestando en cuanto a la obligación de pagar el cálculo actuarial por el tiempo del contrato, que estos se pagaron a través de los consorcios, y agregó que no puede haber sanción legal en su contra, por cuanto a partir de la sentencia es que se está declarando el contrato realidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 07 de septiembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de Colpensiones y la Parte Demandante, los que pueden ser consultados en los archivos 07 y 08 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

De los recursos de apelación surge para la Sala establecer en primer lugar, si entre el demandante y los demandados, señor **JAIME PUERTA ATHEORTÚA** y la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, existió una relación laboral desde 1992 hasta 2015, o, por el contrario, la misma se dio a través de otras entidades como lo aduce sociedad la demandada.

De mantenerse la conclusión relativa a la existencia del contrato, habrá de analizarse si procede ordenar el pago del recargo nocturno solicitado por la parte accionante en el recurso, así como el reajuste de las prestaciones teniéndolo como factor salarial.

Acto seguido, la Sala estudiará las condiciones que rodearon la terminación de la relación laboral, a efectos de verificar la viabilidad de la indemnización por despido y el valor de esta, la indemnización moratoria y la pensión sanción peticionadas por el demandante.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A CPT y SS la decisión de esta instancia se circunscribe a los asuntos materia del recurso de apelación, restricción a la competencia funcional del fallador de segundo grado, que impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en la alzada (SL 2808-2018), con la salvedad hecha para los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017), según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003.

Por efectos eminentemente prácticos, la Sala estudiará conjuntamente el punto de la existencia del contrato esbozado por las partes, para continuar con los demás tópicos de inconformidad.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Luego de analizar las pruebas arrojadas al legajo, el Juez de primer grado concluyó, que entre el señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** y la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, existió un contrato de trabajo entre el 1 de febrero de 2008 y el 30 de mayo de 2015, desprendiéndose para el ente moral, la obligación de cancelar los rubros prestacionales, indemnizatorios y parafiscales impuestos en Sentencia. De igual forma, coligió que respecto al señor **JAIME PUERTA ATEHORTÚA** en razón a una relación de índole laboral dada entre 2004 y 2006, este debía concurrir a cancelar varios ciclos de cotización a pensiones de manera completa, causados precisamente en este lapso.

Frente a ello, la parte demandante se duele porque, a su juicio, de la misma cauda probatoria puede evidenciarse la existencia de un contrato de trabajo iniciado desde el año 1992 y finalizado en mayo de 2015, tiempo en el cual fungieron como empleadores el señor **JAIME PUERTA ATEHORTÚA** y luego la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, constituida por el primero.

De otro lado, la apoderada de la citada sociedad alegó que no es posible, ni siquiera, contemplar la existencia del contrato declarado en primera instancia, aduciendo como razones, que durante varios periodos acaecidos entre 2012 y 2015, el demandante laboró para varios consorcios en los que participó la empresa **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, aunado a que, primero, la prestación de servicios del actor dependía de las obras y estaba sujeta a su duración, y segundo, la entidad en comento fue creada a partir del año 2009. Así mismo, insistió en que a través del ejercicio probatorio logró derruir el contenido de la certificación laboral aportada por el demandante.

El contrato de trabajo nace a la vida jurídica cuando concurren los tres elementos esenciales establecidos en el artículo 23 del C.S.T., a saber: la actividad personal del empleado, su subordinación respecto al empleador y retribución económica por la prestación del servicio. Por virtud del precepto normativo contenido en el artículo 24 del mismo estatuto, toda prestación personal del servicio se presume regida por un contrato de trabajo, lo que se traduce en una ventaja probatoria para quien se reputa trabajador, debido a que no soporta la carga de tener que demostrar la subordinación, y por el contrario, corresponde a quien ha sido señalado como empleador, probar que no obstante tratarse de un servicio personal, aquel no fue continuado sino instantáneo, o que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Sin embargo, ha orientado la doctrina y la Jurisprudencia que la presunción en comento es simplemente legal y admite prueba en contrario, correspondiéndole desvirtuarla a quien se reputa empleador o empleadora.

Pues bien, avocada la Sala en verificar las circunstancias anotadas, lo primero que merece ser relevado es que en su réplica al gestor (f. 85 a 95 Archivo 01 ED), el señor **JAIME PUERTA ATEHORTÚA**, pese a no aceptar la relación de trabajo con el demandante en los términos solicitados, admitió la existencia de un vínculo de esta índole entre ambos, vigente desde el **1 de julio de 2004 hasta el 30 de junio de 2006**, aspecto corroborado en la historia laboral de aportes a pensión emanada de **COLPENSIONES**, en la que precisamente se observan cotizaciones efectuadas en favor del actor, por cuenta del citado empleador para el lapso en mención (f. 19 a 22 Archivo 01 ED).

De otro lado, también fue aportada al expediente certificación, suscrita por el señor Ricardo Andrés Espinosa en calidad de Jefe de Personal de **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, en la cual pone de presente que: “(...) el señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 3.566.363 de Salgar Antioquia, laboró en esta entidad desempeñando el cargo de Vigilante, desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 30 de mayo de 2015 (...)”, documento que contempla como fecha de

expedición, el 4 de enero de 2016.

En contraste con ello, el señor **JAIME PUERTA ATHEORTÚA** rindió interrogatorio de parte en calidad de demandado como persona natural, y en su condición de representante legal de la sociedad demandada (Min. 15:10 a 19:40 Archivo 03 ED). En esta oportunidad el citado expuso que, como ingeniero civil, adelanta obras en todo el país desde el año 1988, trasegar en el que ha hecho parte de consorcios como “Consortio Servisexta”, actividades en las que utilizaban maquinarias, y por lo cual requerían de vigilancia para estas. Expuso que conoció al demandante ya que ha laborado en las obras como vigilante, sin referir si esa función la ejecutaba de noche o de día, la fecha hasta cuando laboró, y mucho menos las razones de su desvinculación.

De igual forma, por solicitud de la PARTE DEMANDANTE fueron escuchados los testimonios de **RURIBE GÓMEZ GARCÍA** (Min. 05:27 a 08:53 Archivo 03 ED) y **LEIVER PEÑA PEÑA** (Min. 09:36 a 13:35 Archivo 03 ED). El primero indicó haber conocido al demandante hace más de 30 años en el municipio de Yumbo (Valle), y con motivo de la amistad que tenían, precisó, aquel le comentó que siempre laboró en horas de la noche en una constructora del señor Jaime Puerta desde 1992 hasta 2015, año en el que no lo llamaron más. Afirmó que en ocasiones pasaba por el sitio de labores y lo veía allí; sin embargo, expuso que no sabía quién era su jefe, ya que el mismo le contó que era Jaime Puerta.

El segundo de los testigos informó distinguir al demandante como trabajador de “Montañitas” desde que estaba pequeño, ejerciendo labores de vigilante en las noches con Jaime Puerta, de quien dijo, tiene una constructora que realiza obras de pavimentación y alcantarillado. Añadió que el propio accionante le manifestó que trabajaba con el señor Jaime, aseverando que lo hizo desde el año 1992 hasta 2015, época en la que salió enfermo.

De otro lado, aparecen los testigos practicados por petición de la pasiva, señores **DANIEL JIMÉNEZ LÓPEZ** (Min. 03:44 a 07:40 Archivo 04 ED), **RICARDO ANDRÉS ESPINOSA** (Min. 08:33 a 17:59 Archivo 04 ED) y **CARLOS EDUARDO OSPINA BETANCOURT** (Min. 05:27 a 08:53 Archivo 04 ED), todos tachados por la parte actora en razón a los vínculos que estos han tenido o tienen con la sociedad demandada.

El señor **DANIEL JIMENEZ** aceptó que en el ejercicio profesional como ingeniero laboró en el pasado con el señor Jaime Puerta. En ese sentido, afirmó que vio al demandante también laborando para aquel en el año 2004. Aclaró que, incluso contrató al actor como como vigilante en el año 2011.

El testigo **RICARDO ANDRÉS ESPINOSA** expresó que conoció al demandante a su ingreso a Montañitas en el año 2015, tiempo en el cual lo vio trabajando entre los meses de enero y abril. Luego, fue indagado por la certificación laboral aportada con la demanda, en la que aparece como firmante, a lo que respondió que lo hizo por pedido de la secretaria de la sede de Yumbo, quien previa solicitud de una hija del demandante con el objetivo de presentar la carta para otro empleo, le informó que la expedición de dicho documento contaba con la autorización del ingeniero, pese a que esta no era una de sus funciones, constituyendo este actuar en una falta que le significó ser llamado a descargos y la suspensión por varios días. Así mismo, puso de presente que la relación con el demandante no era continua, ya que dependía de las obras, y que al término de estas le eran pagadas las prestaciones.

Por último, el testigo **OSPINA BETANCOURT** adujo que ingresó a laborar con Jaime Puerta en el año 2004, lugar en el que conoció al demandante, quien se desempeñaba como vigilante en las noches. Seguido, recordó haberlo visto aproximadamente por un (1) año, aproximadamente entre 2004-2005, en la medida en que su actividad era esporádica, dependiendo de la obra que se estuviese adelantando, por lo cual los contratos tenían

duraciones de seis (6) meses o un (1) año, e incluso había periodos donde el señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** se ausentaba para desplazarse a “coger” café en el Departamento de Antioquia. Refirió no acordarse de la última vez que lo vio, y en lo atinente a los aportes a pensión, afirmó que había una persona encargada de remitir la información.

Pues bien, al someter al escrutinio de la Sala la cauda probatoria rememorada, conforme lo dispuesto en el artículo 60 CPLSS en concordancia con el artículo 176 CGP, emerge que el resultado de su análisis no inclina la balanza hacia ninguna de las posiciones expuestas en los recursos de apelación formulados por el demandante y **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**

Así se dice, pues en relación con la unidad contractual deprecada por el actor, como bien lo coligió el Juez de primer grado, la probanza recaudada no tiene la contundencia para acreditar la existencia de la prestación del servicio de parte señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** en favor de **JAIME PUERTA ATHEORTÚA** y **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, de corrido desde 1992 hasta 2015, en atención a que la declaración de los testigos **RURIBE GÓMEZ GARCÍA** (Min. 05:27 a 08:53 Archivo 03 ED) y **LEIVER PEÑA PEÑA** (Min. 09:36 a 13:35 Archivo 03 ED), se torna vaga y general, pues a pesar de referir que el demandante laboró al servicio de los accionados, ambos resaltaron que este hecho junto a otros detalles de su actividad los conocían, o supieron de ello, por los mismos dichos del demandante, lo que los hace testigos de referencia, circunstancia a la que se suma que simplemente indicaron como función del actor la de vigilancia, sin ahondar en mayores detalles, como por ejemplo, el sitio donde laboró, si fue en el mismo lugar o lugares distintos, la remuneración, u otras condiciones de tiempo, modo y lugar que por virtud de la cercanía que predicaron, debían estar en capacidad de informar.

Además, se echa de menos en el proceso otro medio de prueba que se muestre convergente con lo referido por los testimonios. Por el contrario, la historia laboral de **COLPENSIONES** evidencia que se hicieron cotizaciones a través del patronal **JAIME PUERTA ATHEORTÚA** desde julio de 2004 hasta junio de 2006, periodo en el que no se controvierte la relación sostenida entre aquel y el demandante, hecho que coincide con la época en la que los testigos **DANIEL JIMÉNEZ LÓPEZ** y **CARLOS EDUARDO OSPINA BETANCOURT** manifestaron haber conocido al demandante como vigilante en obras que adelantaba el citado empleador, elementos que, a juicio de la Sala, hacen decaer de entrada la unicidad contractual reclamada desde 1992.

Posteriormente, aparece la certificación expedida por el Jefe de Personal de **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, que constata como periodo de labores del demandante a su servicio el comprendido desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 30 de mayo de 2015, en el cargo de vigilante (f. 24 Archivo 01 ED).

Sobre el valor probatorio de esta clase de certificaciones, en inveterada Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha decantado que es deber del Funcionario Judicial tener como un hecho cierto el contenido contemplado en esta clase de documentos, como quiera que al ser emanadas de quien es anunciado como empleador, no es usual que al no tener tal calidad, falte a la verdad y emita documentos sobre aspectos relevantes en el ámbito jurídico, llevando a comprometer su responsabilidad patrimonial. Así se ha sostenido de manera pacífica, por ejemplo, en Sentencia SL4652-2020 del 01 de diciembre de 2020, donde se rememoró lo dicho en Sentencia del 30 de abril de 2013 proferida dentro del Rad. 38666 que señaló:

“(…) El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé

*razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, **para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.** (...)”.* (Negrilla de la Sala)

En ese contexto, resulta de importancia recordar, al tenor del artículo 244 CGP, las copias de documentos emanados por la partes o terceros **se presumen auténticos**, al mismo tiempo que el artículo 55A del CPLSS, establece que los documentos presentados por las partes con fines probatorios se reputan auténticos sin necesidad de autenticación ni presentación personal, condición que según las disposiciones legales en cita, no requieren ratificación o reconocimiento para imprimirles el valor suasorio correspondiente, a menos que los mismos sean controvertidos, lo que no se avizora en el presente asunto, dado que en ninguna de las etapas procesales la certificación en cita fue desconocida o tachada por la parte interesada.

Ahora, si bien la pasiva se esfuerza en manifestar que con las demás pruebas se logró derruir su contenido, basta con detenerse en estas para verificar que ello no ocurrió así. Lo anterior, pues si bien con el testimonio del señor **RICARDO ANDRÉS ESPINOSA**, quien firmó el documento, quiso la demandada hacer ver que la información allí contenida correspondió a un favor realizado al demandante, y que la persona mencionada no tenía la potestad de expedir esta clase de certificados, lo cierto es que no hay en el expediente un elemento demostrativo que permita evidenciar, más allá de las afirmaciones de la parte, que el citado no fungía como jefe de personal, y cuáles eran las funciones de este, a efectos de validar que no comprendían la de expedir certificaciones laborales.

De igual forma, se quedan en meras afirmaciones desprovistas de respaldo probatorio, lo señalado por el testigo en el sentido que haber expedido el documento en mención le ocasionó inconvenientes disciplinarios, al punto de ser suspendido, hechos de los cuales, se reitera, no reposa prueba en el expediente.

Igual suerte corre la manifestación elevada por la apoderada de la sociedad relativa a que entre 2012 y 2015 la vinculación del demandante se dio a través de los Consorcios “Servisexta” “Nuevo Horizonte” y “Colectores”, por cuanto no se tiene constancia en el proceso que **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** hubiere integrado tales consorcios, como quiera que no se observan arrimadas las actas y otros documentos señalados por la apelante en la sustentación de la alzada, como tampoco los comprobantes de las liquidaciones que expuso, le fueron canceladas al actor. Ahora, el hecho de que se registren aportes a pensión por cuenta de aquellos Consorcios como patronos, tampoco afecta el análisis efectuado hasta aquí, asistiéndole razón al Juez de primer grado cuando al estudiar esta circunstancia concluyó que la misma no desdice lo anterior, como quiera que al tenor del artículo 26 CST, el trabajador puede realizar varias actividades remunerativas al tiempo, salvo que medie exclusividad en una de ellas, caso en el que estaría obligado a desarrollar solo esa; no obstante, esa prohibición no está presente en el asunto estudiado.

Ahora bien, un punto que no puede ser desconocido por la Colegiatura atañe a que el periodo certificado por la entidad demandada va desde el **1 de febrero de 2008**, mientras que su registro como ente societario ocurrió a partir del mes de **noviembre de 2009** (f. 25 a 27 Archivo 01 ED), situación que debe ser tenida en consideración, por cuanto, en criterio de la Sala, no puede endilgársele responsabilidad patronal durante un periodo anterior al inicio de su existencia a pesar del contenido de la certificación expedida, allende que en el lapso de febrero de 2008 a noviembre de 2009 tampoco se demostró que el demandante hubiese

desplegado labores en favor del señor **JAIME PUERTA ATEHORTÚA**, conocido como creador de dicha sociedad, a efectos de reflexionar la posible configuración de una posible sustitución patronal en los términos del artículo 67 CST.

De ahí que sean las esbozadas razones de peso para tener como fecha de inicio de la vinculación del demandante al servicio de la **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** el **12 de noviembre de 2019** (fecha de inscripción en la cámara de comercio f. 25 a 27 Archivo 01 ED), y finalizó el **30 de mayo de 2015**.

Hay que aclarar que si bien los cuestionamientos de la alzada propuesta por la sociedad accionada, y la absolución reclamada estaban cernidos a la inexistencia del contrato en los términos estudiados, sin atacar el cálculo liquidatorio o la forma en la cual aplicó la prescripción el fallador de primera instancia, ante la variación del extremo inicial de la relación de trabajo, cumple modificar los montos concedidos en la Sentencia estudiada, puntualmente en los conceptos de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, acreencias en las que se tuvo en cuenta que la relación laboral de las partes inició el 1 de febrero de 2008, cuando en realidad, se coligió su existencia a partir del **12 de noviembre de 2009**, para lo cual, teniéndose para los efectos pertinentes el SMLMV como estipendio del trabajador.

En consecuencia, los valores adeudados al demandante por parte de **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, corresponden a: (Anexo 1)

1. Por **CESANTÍAS** la suma de **\$3.533.218**.
2. Por **INTERESES A LAS CESANTÍAS** la cifra de **\$395.186**.
3. Por **PRIMA DE SERVICIOS** la suma de **\$3.533.218**.
4. Por compensación de **VACACIONES** corresponden **\$1.579.456**.

De igual forma, deberá modificarse la orden relativa al pago de los aportes a pensión en nombre del demandante, los cuales deberán realizarse por el periodo comprendido desde el 12 de noviembre de 2009 hasta el 30 de mayo de 2015. Las demás condenas a cargo de la sociedad se mantendrán incólumes.

DEL RECARGO NOCTURNO

El apelante activo insiste en que no se ordenó el pago del recargo nocturno, y tampoco se tuvo en cuenta su incidencia salarial, considerando que procede entonces la cancelación de este, junto al debido reajuste de prestaciones.

Sea del caso indicar que para obtener una decisión favorable por concepto de recargos y horas extras, la Jurisprudencia Especializada Laboral ha decantado que la prueba debe ser clara, diáfana y concreta, en relación con el tiempo verdaderamente laborado por el trabajador en días de descanso, feriados, y tiempo suplementario, escenario en el que no está autorizado el Juez Laboral para hacer suposiciones o cálculos liquidatorios, si no se cuenta con la prueba contundente respecto de la cantidad de aquellos días y horas laboradas. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL9318-2016, explicó:

“(...) para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. (...)”.

Aclárese que la normativa sustantiva y la adjetiva laboral no especifican que para probar el concepto enunciado se debe echar mano de determinado medio de prueba, por lo que, al no obedecer a presupuestos de tarifa legal, hay libertad probatoria de cara a la demostración de las horas pretendidas.

No obstante, en el asunto bajo estudio ocurre que pese a señalarse desde la demanda que el demandante laboraba los siete (7) días de la semana entre las 5 pm y las 7 am, al revisar el *dossier* probatorio recaudado a lo largo del litigio, no encuentra la Sala medio suasorio que sustente o respalde los dichos del demandante. Como se dijo en precedencia, los testigos **RURIBE GÓMEZ GARCÍA** y **LEIVER PEÑA PEÑA** no tienen la fuerza demostrativa que permita extraer el horario del demandante, pues a pesar de mencionar que este laboraba de noche, no detallaron el horario o el número de horas que lo hacía, cuestión que también fue una tendencia en los testimonios de los señores **DANIEL JIMÉNEZ LÓPEZ**, **RICARDO ANDRÉS ESPINOSA** y **CARLOS EDUARDO OSPINA BETANCOURT**. En consecuencia, los datos en comento se tornan insuficientes en relación con la claridad probatoria requerida a fin de dar viabilidad a la pretensión estudiada, debiendo mantenerse la decisión de primera instancia.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

Respecto este tópico, la jurisprudencia especializada ha decantado de vieja data, que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido, y al empleador probar su justificación.

Vistas las reglas probatorias de cara a establecer la responsabilidad en el hecho del despido, y la imposición de las consecuencias pecuniarias que reviste tal decisión, encuentra la Sala que desde el escrito gestor el demandante alega que la finalización del contrato devino de una decisión de los demandados; sin embargo, en términos demostrativos, a lo largo de la contienda no quedaron claras las circunstancias que rodearon la desvinculación del demandante, por cuanto los esfuerzos probatorios con miras a acreditar el hecho del despido fueron casi nulos, ya que, por ejemplo, los testigos rememorados desconocen las razones de su salida, razón suficiente para despachar negativamente este pedimento.

DE LA PENSIÓN SANCIÓN

Para la procedencia de esta prestación el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, modificatorio del artículo 267 del CST, establece que el trabajador no afiliado al sistema de pensiones por omisión del empleador que:

“(…) sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. (…)”.

Sin embargo, en el asunto bajo estudio ocurre, puntualmente el tiempo de labores para **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** no superó el término requerido de mínimo 10 años, por cuanto la vigencia del contrato concluido desde primera instancia solo es de cinco (5) años y seis (6) meses. Luego, incluso cumpliendo el término descrito, esta pretensión tampoco podría salir avante, pues no logró acreditarse que la resciliación

contractual hubiere acaecido por una decisión unilateral e injusta de la sociedad.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Alega la parte demandante que la indemnización moratoria reconocida en la sentencia de primera instancia debió fijarse en cuantía de un (1) de salario por cada día de retardo, y no simplemente el pago de intereses moratorios según lo ordenado.

Ciertamente, habiéndose definido que el salario del demandante correspondía al salario mínimo, no podía aplicarse a su caso la disposición del inciso 1° del artículo 65 CST, pues al tenor del inciso 2° del mismo articulado, la regla allí contenida, y que contempló el Juez de primera instancia, está dirigida a aquellos trabajadores que devenguen un salario superior al estipendio mínimo legal mensual vigente.

De esa forma lo ha trazado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, por ejemplo, en la Sentencia SL11448-2017, en la que aclaró:

“(…) 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. (…)” (Subraya y Negrilla de la Sala).

Por lo anterior, emerge entonces el yerro cometido por el Juzgador de primera instancia en este tópico, toda vez que, atendiendo al salario mínimo que percibía como remuneración mensual el demandante, la sanción a su favor en este puntual caso corresponde no a la cancelación de intereses moratorios sobre el importe de la liquidación de prestaciones, sino a un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de aquellas, esto es, **\$21.478** diarios desde el 1 de junio de 2015 hasta que el demandado efectúe el pago de tales emolumentos, cuestión que habrá de modificarse del fallo de primer grado.

DE LOS APORTES A CARGO DE JAIME PUERTA ATEHORTÚA

Al no discutirse la relación laboral que existió entre el demandante y el demandado **JAIME PUERTA ATEHORTÚA** de julio de 2004 a junio de 2006, el Juzgado de primera instancia lo condenó al pago de los aportes completos por los ciclos de octubre - noviembre de 2005, así como el periodo enero a mayo de 2006, decisión atacada por el accionado, arguyendo que, en efecto había cumplido con el pago de esta obligación.

No obstante, al analizar la decisión del Juez en contraste con la historia laboral del demandante (f. 19 a 22 Archivo 01 ED), advierte la Sala que la orden tiene su génesis en el aporte faltante para el mes de octubre de 2005, el cual deberá realizar el demandado teniendo como IBC el SMLMV de la época, y en los ciclos incompletos cotizados en los

meses de noviembre de 2005, y enero a mayo de 2006 reportados con 29 días, situación la cual deberá ser aclarada en la presente providencia, pues en realidad no se está ordenando nuevamente el pago sobre las mensualidades aportadas, como al parecer lo entiende la recurrente, sino completar el pago por los 30 días de labores reportados en estos periodos.

Corolario, se modificarán los numerales cuarto, quinto y sexto de la Sentencia recurrida, en lo atinente a los extremos de la relación laboral surgida entre el señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** y **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.**, así como los valores a cargo de esta última por acreencias adeudadas al demandante, y el periodo a cancelar por aportes a pensión. De igual forma, se aclarará la orden emitida por aportes a pensión a cargo del señor **JAIME PUERTA ATHEORTÚA**, de conformidad con las consideraciones que preceden, confirmándose en lo demás la sentencia recurrida. Sin costas en esta instancia por no considerarse causadas.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales CUARTO, QUINTO y SEXTO de la Sentencia No. 037 del 7 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **DECLARAR** que el contrato de trabajo evidenciado entre el señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** y la sociedad **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** inició el 12 de noviembre de 2009 y finalizó el 30 de mayo de 2015.
- **PRECISAR** que los valores adeudados por **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** al señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS**, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios vacaciones, e indemnización moratoria, corresponden a las siguientes sumas:
 - a) **\$3.533.218** por **CESANTÍAS.**
 - b) **\$395.186** como **INTERESES A LAS CESANTIAS.**
 - c) **\$3.533.218** como **INTERESES A LAS CESANTIAS.**
 - d) **\$1.579.456** por concepto de **VACACIONES.**
 - e) **\$21.478** diarios desde el 1 de junio de 2015 y hasta que la demandada efectúe el pago efectivo de las prestaciones sociales adeudadas, por concepto de **indemnización moratoria.**
- De igual forma, la reserva actuarial que deberá cancelar **LA MONTAÑITA CONSTRUCTORES S.A.S.** con destino a **COLPENSIONES**, será en razón de los aportes pensionales en favor del demandante, causados desde el 12 de noviembre de 2009 hasta el 30 de mayo de 2015.

SEGUNDO: ACLARAR el numeral SÉPTIMO de la Sentencia recurrida, en el sentido de **PRECISAR** que el señor **JAIME PUERTA ATHEORTÚA** deberá efectuar a

nombre del señor **GILDARDO DE JESÚS ARENAS** y con destino a **COLPENSIONES**, el aporte completo por el mes de octubre de 2005, e igualmente completar el pago de los ciclos incompletos correspondientes a los meses de noviembre de 2005, y de enero a mayo de 2006, con base en el SMLMV de la época.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

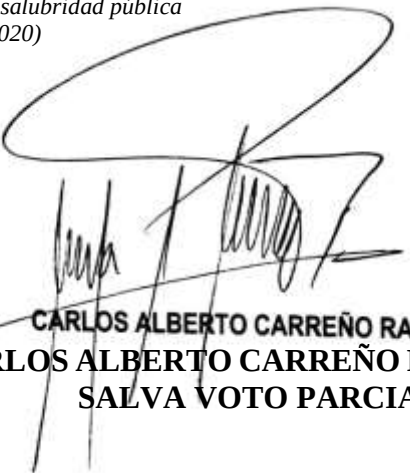
Los Magistrados,



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL

7

ANEXO 1.

LIQUIDACIÓN DEFINITIVA				
PERIODO A LIQUIDAR	12/11/2009	30/05/2015		
DÍAS LIQUIDAR		1999		
AÑO	DÍAS LABORADOS	SALARIO	TRANSPORTE	SALARIO BASE
SALARIO A 2009:	49	\$ 496.900,00	\$ 59.300,00	\$ 556.200,00
SALARIO A 2010:	360	\$ 515.000,00	\$ 61.500,00	\$ 576.500,00
SALARIO A 2011:	360	\$ 535.600,00	\$ 63.600,00	\$ 599.200,00
SALARIO A 2012:	360	\$ 566.700,00	\$ 67.800,00	\$ 634.500,00
SALARIO A 2013:	360	\$ 589.500,00	\$ 70.500,00	\$ 660.000,00
SALARIO A 2014:	360	\$ 616.000,00	\$ 72.000,00	\$ 688.000,00
SALARIO A 2015:	150	\$ 644.350,00	\$ 74.000,00	\$ 718.350,00
AÑO	CESANTÍAS	INTERESES A LAS CESANTÍAS	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES
2009	\$ 75.705,00	\$ 1.236,52	\$ 75.705,00	\$ 33.816,81
2010	\$ 576.500,00	\$ 69.180,00	\$ 576.500,00	\$ 257.500,00
2011	\$ 599.200,00	\$ 71.904,00	\$ 599.200,00	\$ 267.800,00
2012	\$ 634.500,00	\$ 76.140,00	\$ 634.500,00	\$ 283.350,00
2013	\$ 660.000,00	\$ 79.200,00	\$ 660.000,00	\$ 294.750,00
2014	\$ 688.000,00	\$ 82.560,00	\$ 688.000,00	\$ 308.000,00
2015	\$ 299.312,50	\$ 14.965,63	\$ 299.312,50	\$ 134.239,58
TOTAL	\$ 3.533.218	\$ 395.186	\$ 3.533.218	\$ 1.579.456,39