



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA No. 94
APROBADA EN SALA VIRTUAL No. 20**

Guadalajara de Buga, nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Proceso Ordinario Laboral de **DIANA PATRICIA GIL LOPEZ** contra **VIAS DE CALI S.A.S**
Radicación N° 76-001-31-05-015-2015-00615-01

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala Tercera de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación contra la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali - Valle, el tres (03) de febrero del dos mil veinte (2020). Se precisa que el asunto fue repartido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y remitido a esta Corporación en cumplimiento de la medida de descongestión dispuesta en el Acuerdo PCSJA22-11963 del 28 de junio de 2022.

Se profiere la sentencia por escrito, previo traslado a las partes para presentar sus alegatos de segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

La señora DIANA PATRICIA GIL LOPEZ, por intermedio de apoderada judicial, formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia contra del VIAS DE CALI S.A.S a fin de obtener con sus pretensiones, que se declare



que entre las partes existió una relación laboral a través de un contrato verbal de trabajo a término indefinido, a partir del 16 de septiembre de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2012, que el salario pactado fue por la suma de \$ 14.000.000 mensuales. Consecuencialmente, se condene a la entidad demanda al pago de las acreencias laborales, como cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, indemnización por la no consignación de cesantías e intereses de cesantías, indexación, el pago a los aportes a la seguridad social junto con los intereses moratorios, indemnización por despido indirecto, indemnización por perjuicios morales, indemnización moratoria, pago de recargos nocturnos y dominicales, el reajuste o incremento del salario de acuerdo al IPC, y que condene a la demandada al pago de las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que el día 16 de septiembre de 2010 suscribió un contrato laboral con la empresa VÍAS DE CALI S.A.S para desempeñarse en el cargo de representante legal y/o gerente de la sociedad; trabajo que inició el día 15 de noviembre de 2012 bajo modalidad de contrato de trabajo a término indefinido.

Aseveró que, la relación fue eminentemente laboral, ya que, existió una continua subordinación hacia la empresa, además, desplegó su actividad personal en favor de la sociedad llamada a juicio, dentro de sus instalaciones y con los elementos de trabajo suministrados por VÍAS DE CALI S.A.S, comprometiendo su nombre y honorabilidad en las decisiones emitidas por la junta directiva.

Señaló que, recibió un salario de \$ 14.000.000 mensuales sin variación desde que inició la relación contractual hasta el momento de la terminación de la misma.

Expuso que, su horario laboral fue de 8:00 am a 12:00 m de lunes a viernes, los sábados de 7:30 am a 3:00 pm. Que adicionalmente, se le solicitaba su disponibilidad en la sociedad cuando su presencia fuese necesaria, realizando funciones de representante legal, a cargo de la administración de la empresa, con una restricción para actuar de 50 SMMLV, que debía reportarle a la junta directiva, que estaba en su cargo la búsqueda de proveedores y ser la representante de la empresa ante clientes y entidades relacionadas.



Afirmó que, debido a sus funciones y permanentes compromisos propios del cargo, de manera habitual prestó sus servicios en horarios nocturnos y dominicales, por fuera del horario fijado por su empleador, sin que se le cancelará dichos recargos.

Relató que, dentro de sus funciones debía ejercer la representación legal del CONSORCIO VGC, que se generó con el fin de ejecutar obras de esa concesión y que servía como fuente de pago de un préstamo de vías de Cali; que cuando renunció a la sociedad demandada en enero de 2012, también renunció al consorcio, sin embargo, aún figura como representante legal en el RUT del mencionado consorcio, generándole un perjuicio a su buen nombre.

Enunció que, el 16 de noviembre de 2012 se vio obligada a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, debido a los constantes incumplimiento de algunas obligaciones del empleador, como pagos de recargos, reajustes de salario e incumplimiento de beneficios. Que, estaba supeditada a la decisión de la junta directiva, inclusive en las decisiones de pago de proveedores y trabajadores de altas jerarquía, así como por parte de la asamblea de accionistas, lo que le impidió desempeñar a cabalidad el cargo para el cual fue contratada, que en muchas ocasiones los compromisos contractuales y pago de proveedores fueron incumplidos a pesar de haberse autorizado, quedando expuesta a la mala imagen y honestidad profesional, pues era quien debía asumir y expuso a los múltiples incumplimientos de las obligaciones que con su palabra había refrendado previa verificación con la junta, ocasionándole un desprestigio de su trabajo y buen nombre en todo el gremio de la ingeniería civil, sector donde siempre se ha desempeñado.

Que, el día 30 de enero de 2012, debido a que su nombre estaba siendo puesto en la palestra pública por a los rumores de nexos de los accionistas de su empleadora con el grupo “nule”, así como señalada que incumplió los pagos de proveedores y las obligaciones adquiridas, presentó renuncia formal al cargo, sin embargo, solo hasta el 16 de noviembre de 2012 pudo terminar de manera unilateral el contrato de trabajo, luego de que en repetidas ocasiones presentara la renuncia y el plan de empalme.

Indicó que, el día 14 de noviembre de 2014 celebró audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo con la demandada, resultando



dicha audiencia en una constancia de no acuerdo. Que, a la fecha de presentación de la demanda, no se le canceló prestaciones sociales y los salarios ajustados a lo que realmente devengó. Que, durante la relación laboral devengó viáticos permanentes, sin embargo, no fueron liquidados ni incluidos.

Que, solamente hasta el día 04 de febrero de 2013 se le realizó el pago de la liquidación, sin que se le cancelara la indemnización a la que tenía derecho por terminación unilateral del contrato debido al incumplimiento en sus obligaciones por parte del empleador.

1.2. La contestación de la demanda

La convocada a través de curadora ad litem se opuso a la mayoría de las pretensiones de la demanda, y respecto de las otras, indicó que se atenía a lo que se demuestre dentro del proceso.

1.3 La contestación de la llamada en garantía Aseguradora MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A

Al dar respuesta a la demanda, el apoderado judicial de la sociedad se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de inexistencia de responsabilidad, inexistencia de solidaridad, presunto incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de Vías de Cali, límite contractual de la eventual obligación, ausencia de cobertura para el pago de perjuicios morales e indemnizaciones, subrogación, prescripción, enriquecimiento sin causa y genérica. Señaló la parte pasiva como razón de su defensa que, la parte demandante no aportó pruebas ciertas que demuestren que se le adeudan suma alguna por acreencias laborales, ni que tal circunstancia tenga la virtualidad de comprometer la responsabilidad del asegurado Municipio de Santiago de Cali, ya que, el ente territorial no ha tenido calidad de empleador, ni ha comprobado que la actora efectivamente estuvo vinculada como trabajadora de la entidad asegurada.

Respecto de la formulación del litisconsorte necesario, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ya que, existe ausencia de responsabilidad del asegurado Municipio Santiago de Cali. Propuso las excepciones de falta de legitimación por activa y pasiva, inexistencia de



responsabilidad, límite contractual, exclusión contractual, ausencia de cobertura para el pago, subrogación, prescripción, enriquecimiento sin causa y genérica.

1.4. La contestación de la llamada en garantía Aseguradora AXA Colpatría S.A

Al dar respuesta a la demanda, el apoderado judicial de la sociedad se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de inexistencia de responsabilidad, inexistencia de solidaridad, presunto incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de Vías de Cali, límite contractual de la eventual obligación, ausencia de cobertura para el pago de perjuicios morales e indemnizaciones, subrogación, prescripción, enriquecimiento sin causa y genérica. Señaló la parte pasiva como razón de su defensa que, la parte demandante no aportó pruebas ciertas que demuestren que se le adeudan suma alguna por acreencias laborales, ni que tal circunstancia tenga la virtualidad de comprometer la responsabilidad del asegurado Municipio de Santiago de Cali, ya que, el ente territorial no ha tenido calidad de empleador, ni ha comprobado que la actora efectivamente estuvo vinculada como trabajadora de la entidad asegurada.

Respecto de la formulación del litisconsorte necesario, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ya que, existe ausencia de responsabilidad del asegurado Municipio Santiago de Cali. Propuso las excepciones de falta de legitimación por activa y pasiva, inexistencia de responsabilidad, límite contractual, exclusión contractual, ausencia de cobertura para el pago, subrogación, prescripción, enriquecimiento sin causa y genérica.

1.5. La contestación de la Litis consorte necesaria Municipio Santiago de Cali.

Al dar respuesta a la demanda, la apoderada judicial de la sociedad se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento de suma alguna. Propuso las excepciones de inexistencia de relación laboral y falta de legitimación en la causa por activa. Enunció la parte pasiva como razón de su defensa que, no existió en ningún momento relación directa ni indirecta con la demandante,



trabajadora de la sociedad vías de Cali, lo que hace imposible garantizar algún tipo de derecho o cumplir obligaciones a favor de la actora.

1.6 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 03 de febrero de 2020 el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali declaró existencia de una relación laboral mediante contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, desde el 02 de septiembre de 2010 al 15 de noviembre de 2012. Condenó a vías de Cali a pagar a favor de la demandante intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización prevista en el artículo 65 del CST, y el cálculo actuarial por las cotizaciones a pensión. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones. Condenó a AXA Colpatria S.A a pagar a la actora, hasta el límite del valor asegurado en la póliza. Absolvió al Municipio de Santiago de Cali y MAPHRE Seguros de Vida.

1.7. Recurso de apelación.

La apoderada judicial de la **parte demandante** disiente de la decisión, respecto de no haberse acreditado efectivamente el valor de los 14 millones del salario; de no haberse condenado a vías de Cali a la reliquidación de prestaciones sociales sobre el salario de 14 millones de pesos. En cuanto al despido indirecto. Frente al no pago de horas extras, y el haber absuelto tanto al municipio de Santiago de Cali como a las llamadas en garantía frente al tema del salario.

Argumentó, frente al tema del salario, que sí existen pruebas tanto documentales como los interrogatorios de parte que presentaron tanto la señora Diana Gil como la señora liquidadora de vías de Cali, en donde se Indicó que en ningún momento durante la relación laboral se pactó una exclusión salarial sobre el valor de 3 millones de pesos, que de manera habitual se le pagaban a la señora Diana Gil de manera quincenal. Que, dentro del expediente también obra prueba documental, tal como lo fue la liquidación de prestaciones sociales, en donde se le paga la bonificación de 3 millones de pesos; que también obra dentro del expediente comprobantes de nómina en donde dan cuenta que está bonificación no se pagó una sola vez durante toda la relación laboral, sino que por el contrario se pagaron en varias ocasiones; de hecho tal y como lo dijo la señora Diana Gil se pagó desde el primer día en que empezó su relación



laboral con vías de Cali hasta el último día que laboró con ellos. Igualmente obra una certificación laboral emitida por ellos, y firmada por el contador de la empresa en donde indica que su salario eran 14 millones de pesos y no 11 millones de pesos como lo quiso hacer ver la empresa demandada vías de Cali.

Frente al segundo punto, consideró que se cometió un error por parte del juzgador de primera instancia, al indicar de que en la carta de renuncia no se expresaron los motivos, o no se indicó cuál era la causal contenida en el en el Código Sustantivo de Trabajo para que su mandante diera por terminada la relación laboral, pero en dicha carta la demandante informó que tenía razones y motivos suficientes para dar por terminada la relación laboral, en ella indicó la causal que llevó a dar por terminado su contrato de trabajo con vías de Cali, que era el incumplimiento de parte de vías de Cali a sus condiciones laborales. A lo largo pues de la del interrogatorio de parte que rindió la señora Diana Gil indicó en qué consistían, y en la carta de renuncia que también presentó por escrito y que fue aportado, indica de manera clara en qué consistían dichas inconformidades; que de hecho el apoderado de vías de Cali le preguntó en qué consistían dichos incumplimientos, e hizo alusión a que no se le permitía llevar a cabo sus funciones en razón a que habían reiterados incumplimientos por parte de la junta directiva, de quien ella recibía órdenes, pues siempre se comprometían a brindarle los recursos para ella poder salir avante con los proyectos que tenía asignado a su cargo, y que finalmente nunca le daban respuesta, siendo infructuosa de que ella cumpliera cabalmente con sus funciones.

En cuanto a las horas extras, aclaró que no estaba en discusión el carácter de dirección confianza y manejo que ostentaba el cargo y las funciones que desempeñó la señora de Diana Gil para vías de Cali, pero que lo que solicitaron fue los recargos que se causaron los días domingos y los días festivos, los que se encuentran plenamente acreditados con los correos electrónicos en donde dan cuenta que desempeñaba sus funciones en días domingos y festivos, y por tal razón también dentro de la demanda hizo una relación detallada uno a uno, y una liquidación tal y como lo exige la Corte Constitucional.

Finalmente, frente al tema de solidaridad por parte del municipio de Cali, señaló que no se tuvieron en cuenta los presentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, precisó que era un contrato de trabajo el cual



se hizo por virtud de un contrato de concesión que firmó la secretaría de infraestructura de la alcaldía de Cali con la empresa vías de Cali, en donde se demuestra, que tanto el municipio, a través de la secretaría infraestructura, como la concesión vías de Cali ejecutaban actividades de construcción de infraestructura, siendo un servicio público que cumple el municipio de Santiago de Cali, razón por la cual, considera que se evidencia que las dos entidades cumplían actividades relacionadas entre sí. Y que, por consiguiente, al encontrarse unos llamados en garantía como son compañías de seguros, que tienen pues unas pólizas que amparan este tipo de riesgos estimaron que también procede el amparo de esta condena a través de esas pólizas de seguro.

El apoderado judicial de **Axa Colpatria S.A** presentó recurso de apelación únicamente contra el numeral sexto del fallo judicial, por cuanto, consideró que el despacho realizó una lectura indebida de la póliza por la cual se erigió el llamamiento en garantía efectuada a Colpatria. Advirtió que, se debe entonces leer la carátula de la póliza, y establecer quien es el tomador, y quién es el beneficiario de la misma, de la cual se extrae que el tomador es vías de Cali S.A, y el beneficiario es el municipio de Santiago de Cali. Concluyó que, únicamente dicha póliza puede ser afectada siempre y cuando la entidad contratante se vea perjudicada por las omisiones del contratista, es decir, que sería afectada la póliza de cumplimiento 800 103 55 90, sí las condenas impuestas por el despacho hubieran perjudicado al beneficiario de la póliza, el municipio de Santiago de Cali, pero como el juez de instancia llegó a las consideraciones que no existe una solidaridad por parte del municipio de Santiago de Cali frente a las obligaciones insultas y laborales por parte de vías de Cali, no puede haber un perjuicio hacia el municipio, y por tal sentido la póliza no se vería afectada.

El apoderado judicial de **vías de Cali S.A**, interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad frente a la condena de intereses de cesantías, primas y vacaciones, considerando que en la liquidación realizada y pagada efectivamente a la actora se cubrieron todos y cada uno de los emolumentos laborales debidos a la misma. También, se opuso al pago de la indemnización moratoria, al indicar que se debe evaluar la conducta de vías de Cali respecto de la mala fe que alegó el despacho, la cual salió a flote por el hecho de no contestar la demanda, de lo cual considera que no es cierto, toda vez que, la sociedad vía de Cali creyó en su totalidad haber pagado todos y cada uno de los emolumentos laborales



con la liquidación practicada a la demandada, y que no existe una razón de peso o probada dentro del proceso que dé cuenta de la mala fe que le asistió a la demandada, que por el contrario la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha dicho que, la sanción por indemnización moratoria no opera de manera automática; que en el caso presente el hecho de que la demanda la contestara un curador y que no comparecieran al proceso inicialmente, no obedeció única y exclusivamente a una razón de mala fe, que vías de Cali se encontraba en un proceso de liquidación judicial, en el cual el cambio de representación legal fue imposible poderse notificar. Agregó que, la contestación del curador no se admitió ni se vislumbra ningún actuar de mala fe, que por el contrario se aceptó y se niegan los hechos que carecen de suficiente prueba dentro del expediente. Y finalmente apeló el aparte de la sentencia referente al cálculo actuarial pensional, al considerar que fue cumplido o pagado de manera efectiva.

1.8 Trámite de segunda instancia.

El Tribunal de origen admitió el recurso de apelación, posteriormente corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, oportunidad en la cual la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación. De otro lado, la aseguradora MAPRE Seguros Generales de Colombia S.A solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, al estimar que no existe responsabilidad alguna a cargo del Municipio Santiago de Cali, ni debe responder solidariamente, y que, en caso de prosperar dicha pretensión, las mismas se encuentran por fuera de las obligaciones de la póliza. Y por su parte AXA COLPATRIA reiteró los argumentos sustento del recurso de alzada. Las demás partes no se pronunciaron al respecto.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales.

Analizado el acontecer procesal en los términos que enseña los artículos 321 y 322 del Código General del Proceso, aplicable por analogía externa al procedimiento Laboral, resulta oportuno indicar que coexisten los requisitos formales y materiales para decidir de mérito por cuanto la relación jurídico procesal se constituyó de manera regular, vale decir,



aparecen satisfechos los presupuestos, demanda en forma, capacidad para ser parte y para comparecer, así como la competencia del juzgador, amén de refrendar la legitimación en la causa interés para obrar, en tanto que, tampoco emerge vicio procesal que menoscabe la validez de la actuación porque fueron respetadas las garantías básicas que impone el artículo 29 superior, desarrollado en los principios que gobiernan la especialidad.

2. Competencia de la Sala

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandante, demandada VIAS DE CALI y de AXA Colpatria S.A, lo que otorga competencia a la Sala para revisar los puntos de inconformidad expuestos por los apelantes.

3. Problema Jurídico

Conforme a los repartos de los apelantes, le corresponde a esta Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿si la demandante tiene derecho al pago de dominicales y festivos?; ii) ¿si es procedente la indemnización del artículo 65 del CST?; iii) ¿Si hay lugar a la reliquidación de prestaciones sociales por no tenerse en cuenta factores constitutivos de salario?; iv) Si procede el pago de la indemnización por despido indirecto de acuerdo con las causales que se alegan en la demanda; v) Si hay lugar a imponer condena solidaria al Municipio Santiago de Cali, y si la condena se encuentra amparada; vi) Si con la liquidación que le canceló la demandante a la señora DIANA PATRICIA quedaron saldos por los conceptos de primas, intereses a las cesantías y vacaciones.

4. Tesis de la Sala

La Sala modificará la sentencia proferida en primera instancia.

5. Argumento de la decisión

5.1 Horas extras y trabajo suplementario.

Manifiesta la apoderada judicial de la actora dentro del recurso de alzada su inconformidad contra la sentencia de primera instancia, señalando que



debió ser condenada la entidad demandada al pago de recargos dominicales y festivos, como quiera que, de los correos electrónicos se evidencia que el demandante laboró esos días en específico. Adicional a ello, indicó que no se discute que la señora DIANA PATRICIA GIL ostentó un cargo de dirección de confianza y manejo, pero que ello no la excluye para ser derechohabiente del pago del trabajo suplementario.

Pues bien, como quiera que no es materia de discusión que la demandante durante la prestación personal de su servicio era una trabajadora de dirección, manejo y confianza, se debe indicar que el numeral 1, literal a.) del art. 162 del CST y SS, señala:

“ARTICULO 162. EXCEPCIONES EN DETERMINADAS ACTIVIDADES. 1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo; (...).”

La norma traída a colación es clara en determinar que si bien, por expreso mandato legal quienes tengan esa calidad no devengan horas extras, no ocurre lo mismo, por ejemplo, con los recargos nocturnos o los dominicales y festivos, pues así no está contemplado en la ley y tampoco pueden incluirse por interpretación extensiva, la cual es no corresponde al espíritu de la norma.

Así lo reiteró la Corte en sentencia CSJ SL6738-2016, ocasión en la que expuso:

“Según el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados que desempeñen cargos de dirección, confianza, o manejo, están excluidos de la jornada máxima legal, que por tratarse de una excepción a la regla general contenida en el primer inciso del artículo 161 del mismo ordenamiento, cuyo plausible propósito es proteger al trabajador en su salud, en la medida que le garantiza un tiempo de prudente descanso, que además, repercute en el mejor desempeño de sus labores, que se hace más evidente con lo preceptuado en los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 50 de 1990, y 165 a 167 del estatuto sustantivo laboral, la interpretación que se impone al mencionado artículo 162, tiene que ser restrictiva, en la medida



en que lo allí consagrado es una excepción, de suerte que, dentro de la expresión “jornada máxima legal de trabajo”, no puede entenderse incluido lo relativo al trabajo en días dominicales y festivos, que si son trabajados generan la obligación de pagar el tiempo durante el cual se haya prestado el servicio, así se trate de un empleado de dirección, confianza, o manejo.

Lo anterior es menos discutible, si se observa que los temas relativos a la jornada máxima legal, y a los descansos obligatorios, en el que está contenido el concerniente a los domingos y festivos, es materia de regulación en títulos diferentes del Código Sustantivo del Trabajo.”.

Por lo que, si el demandante persigue la obtención de los recargos nocturnos, así como los dominicales y festivos que alega haber trabajado, le corresponde allegar los medios probatorios que soporten sus suplicas como bien señala el art. 167 del CGP, que reza: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

Recuerda la Sala que es la parte demandante quien tiene la carga probatoria de demostrar la causación de trabajo suplementario y horas extras dentro de la relación de trabajo, por ello en sentencia 45931 del 22 de junio de 2016, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, se señaló: *“Es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo el pago de horas extras, dominicales y festivos y, por ende, el reajuste de sus prestaciones sociales, era menester asumir la carga procesal de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad. Las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.*

Aquí, es importante recordar, que 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. Lo anterior, brilla por su ausencia.”

Para resolver el punto de apelación, resulta pertinente precisar, que en la demanda si bien se relacionó en un cuadro aquellos recargos nocturnos y dominicales que aparentemente laboró la señora DIANA PATRICIA, debe precisar la Sala que de la misma no se puede identificar que días trabajó los días domingos y festivos como aduce en el recurso de alzada, por cuanto, no se discriminó, simplemente desde que el criterio de la activa excedió el límite de tiempo consagrado en la ley; recordando que dicha situación es carácter obligatoria, toda vez que, dentro de los procesos son precisamente los hechos narrados los que se busca probar.

Ahora bien, con el fin de atender la inconformidad de la parte recurrente, relacionada con la valoración de los documentos allegados, esto es, los correos electrónicos los cuales supuestamente dan prueba que la aquí demandante laboró dominicales y festivos, se encuentra que las mismas militan entre los folios 30 a 117 del archivo 01 del expediente digital. De tales documentos, se debe señalar que de la revisión se permite colegir que en su mayoría no corresponde a días dominicales y festivos, como por ejemplo los correos que militan a folios 30, 31, 34, 36, 53, 63, etc. Además, observa la Sala que existen correos donde simplemente a la demandante se le envió alguna información o solicitud por parte de algún funcionario de vías de Cali, sin que se demuestre que la señora DIANA ejecutó alguna acción frente a ello, es decir, que hubiese laborado para dar respuesta a las solicitudes, como lo son por ejemplo las que reposan a folios 31, 81, 82 y 100.

Así las cosas, de las pruebas documentales, se observa que ninguna tiene la claridad suficiente, para que se puedan establecer de manera diáfana y precisa los dominicales y festivos pretendidos en la demanda, como para que se pueda llegar a proferir una condena por este tipo de conceptos, pues tal cual lo precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, no le es dable a juzgador hacer cálculos y suposiciones que no tiene respaldo probatorio alguno.

Por otro lado, se debe indicar que de las pruebas testimoniales poco o nada se puede concluir frente a cálculo de trabajo en dominicales y festivo,



pues la demandante en su interrogatorio simplemente indicó que llegó a laborar hasta altas horas de la noche, sin siquiera hacer pronunciamiento frente los dominicales y festivos que llegó a laborar. Resaltando esta Corporación que la parte activa no llevó a juicio prueba alguna que permitiera por lo menos darles sustento a los dichos de la actora.

5.2 Factores que constituyen salario.

El artículo 127 del CST estableció que “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

Por ello no es posible modificar el carácter salarial de los pagos que por expresa disposición del artículo 127 del C. S. del T. constituyen salario; es decir, sin importar la denominación que las partes le den como: auxilios, comisiones, bonificaciones o primas, sigue siendo salario todo pago que retribuya directamente el servicio y sirve de base para liquidar prestaciones sociales; incluso, si las partes pactan que un pago que es salario no lo es, ese pacto es ineficaz, porque la naturaleza salarial deviene de la ley. Esa facultad está limitada para los pagos referidos al artículo 128 del C. S. de T.

Existen pagos que según el artículo 128 no constituyen salario como:

- a. Prestaciones Sociales
- b. Lo que el recibe el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio o enriquecimiento propio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones
- c. Sumas ocasionales y que por mera liberalidad se cancelan al trabajador como primas, bonificaciones.
- d. Beneficios habituales u ocasionales convencionales o contractuales otorgados en forma extralegal al trabajador, cuando las partes dispongan expresamente que no constituyen salario como las primas extralegales de



navidad, vacaciones, servicios, alimentación, habitación, o vestuario.

e. Los suministros en especie, siempre que las partes acuerden que no constituyen salario y no afecte el salario mínimo.

Con base en lo anterior, procede la sala a efectuar el respectivo análisis en el caso concreto;

Por un lado, la parte demandante alega que, desde el inicio de la relación laboral se le reconoció y pago bonificación de mera liberalidad por un valor de \$ 3.000.000 mensuales, sin que se hubiese pactado alguna exclusión salarial con la empresa empleadora, por tal motivo considera que deben reliquidarse las acreencias laborales teniendo en cuenta como base de liquidación tal bonificación.

De otra parte, la empresa VÍAS DE CALI S.A dio contestación a la demanda por intermedio de curador Ad Litem, sin embargo, fue llamado a rendir interrogatorio la liquidadora de la sociedad demandada, quien declaró que encontró un solo comprobante de pago de nómina, donde específicamente se dice que la demandante por su cargo de gerente obtiene una bonificación ocasional de \$ 2.000.000. Que, a la actora se le liquidó las prestaciones sociales sobre un salario de \$ 11.000.000, porque en la nómina estaba establecido que ese era el salario de la actora, que no se registra como salario un pago mayor. Manifestó que, no le consta si esa bonificación era habitual, que solo tiene un recibo de pago. Indicó que, como no tienen un contrato escrito no existe cláusula de exclusión salarial de la bonificación, que tampoco existe una cláusula adicional por escrito.

Revisadas las pruebas documentales aprecia la Sala que a folio 130 milita un recibo que se encuentra a nombre de la señora DIANA GIL, con las siguientes fechas: 16 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2010, y del 01 de enero de 2011 al 31 de diciembre 2011 por el pago de cesantías e intereses a las cesantías. Del mismo, se observa que en el apartado salario se registra la suma de \$ 14.000.000, no obstante, advierte la Sala que dicho recibo no se encuentra firmado por las partes ni contiene logo tipo de la empresa demandada, que dé cuenta que efectivamente la sociedad llamada a juicio le canceló a la actora dichas prestaciones.



A folio 675, se ubica liquidación final de prestaciones sociales efectuada por la concesión VIAS DE CALI S.A., en la cual dentro de los conceptos a liquidar se especifica bonificación del 01 al 15 de noviembre de 2012 por la suma de \$ 3.000.000. Documento debidamente firmado por las partes.

A folio 653, reposa certificado de ingreso expedido por el señor Gerardo Chamorro Pinzón, en su calidad de contador de VIAS DE CALI S.A con fecha del 10 de enero de 2012, quien informó que la señora DIANA PATRICIA tenía una asignación mensual de \$ 14.000.000 distribuidos de la siguiente manera: por concepto de salario \$ 11.000.000 y bonificación no salarial por \$ 3.000.000.

A folios 654 a 659, aparentemente reposa copias de algunos desprendibles de pago que efectuó la sociedad demandada a favor de la actora, y de los cuales adujo en el recurso de apelación que constituyen plena prueba de que la bonificación fue continua, sin embargo, son documentos ilegibles y borrosos, motivo por el cual no se puede extraer de ellos la habitualidad o pago de la bonificación.

De la declaración rendida por la señora DIANA PATRICIA en el interrogatorio de parte, llama la atención que aseguró que a su correo la sociedad empleadora siempre le envió de forma quincenal los desprendibles de nómina, en los que estaban especificados que su sueldo se componía de un salario por el valor de \$ 5.500.000 y una bonificación de mera liberalidad por la suma de \$ 1.500.000, sin embargo, al plenario no allegó tales comprobantes que se efectuaron durante la relación laboral.

Analizada la prueba en su conjunto encuentra la Sala que solo existe certeza que a la demandante se le canceló dicha bonificación en un mes del año 2012, por lo que de entrada se concluye que no hay habitualidad en el pago, por ende, no hay elementos para considerar ese pago como constitutivo de salario, y consecuentemente no hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales por el tiempo laborado.

5.3 Despido indirecto.

El despido indirecto es la renuncia presentada por trabajador, la cual es provocada por el empleador por el incumplimiento de sus deberes legales



y contractuales, lo cual tiene como consecuencia el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 ídem.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL18623-2016, con M.P. Gerardo Botero Zuluaga citando a su vez la sentencia de la misma Sala de la CSJ SL, 6 abril de 2001, rad. 13648 estableció que para su configuración se debe tener en cuenta tres requisitos: «(i) que sea el trabajador quien en un acto de voluntad manifieste su intención de dimitir la relación, (ii) que dentro de ese acto exponga con claridad la motivación que, ajustada a una o varias de las causales contempladas en el literal b) del artículo 7o del Decreto 2351 de 1965, lo llevó a tomar tal determinación y, (iii) cumplir con la carga probatoria impuesta demostrando efectivamente que el empleador incurrió en las conductas imputadas»....”

De igual manera la Alta Corporación en la sentencia CSJ SL4691-2018 trajo a colación lo señalado en la sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada en la CSJ SL3288-2018, donde puntualizó:

“Primeramente cabe recordar, que dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.



Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa.”

De igual modo, la jurisprudencia del Órgano de Cierre en materia laboral, ha decantado que la carga de la prueba es del trabajador, quien debe demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador: “(...) *que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión*” –SL 417 DE 2021 RADICACIÓN 71672 MP. IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ, criterio que antes expuesto en sentencias (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288- 2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras).

Atendiendo a lo propuesto en el recurso de alzada, le corresponde establecer a esta judicatura, si se tipifican dentro de la referencia las sub-reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia, para que proceda la indemnización por despido indirecto.

Descendiendo al caso objeto de estudio, a folios 23 a 26 se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo de la señora DIANA PATRICIA GIL LOPEZ, en la cual manifestó la voluntad de finalizar la relación con la demandada, estableciendo las siguientes motivaciones:



De antemano agradezco por la oportunidad y la confianza depositada en mí para desempeñar este cargo en tan importante empresa, pero a través de la presente comunicación quiero reiterarles mi intención de dar por terminado unilateralmente y con justa causa el vínculo laboral que tengo desde el 16 de septiembre de 2010 con esta sociedad, de conformidad con el numeral 6 del literal B, del artículo 62 del C.S.T. y en razón a los incumplimientos sistemáticos sin razones válidas por parte de la administración de la sociedad como patronos, de sus obligaciones legales y reglamentarias, incumplimientos que describiré detalladamente más adelante.

Es necesario manifestar que la decisión obedece exclusivamente a serios inconvenientes generados por el continuo incumplimiento de algunas obligaciones por parte de los miembros de la Junta Directiva, así como por parte de la Asamblea de Accionistas, lo que ha hecho difícil que desempeñe a cabalidad el cargo para el cual fui contratada y obligándome a tomar esta difícil determinación.

A continuación resumo de manera cronológica otros hechos que considero relevantes:

- a. Desde el día 12 de julio a hasta 15 de agosto de 2012, estuve incapacitada, situación que fue informada oportunamente vía telefónica a los miembros de Junta

2

Directiva y luego mediante correo electrónico por el director jurídico a los miembros de la Junta Directiva. Durante ese tiempo el representante legal supiente no asumió las funciones propias del cargo, lo que generó el incumplimiento del contrato de concesión, entre ellas:



1. Falta de asistencia o delegación de representante para comité de fiducia .
2. Falta de asistencia o delegación a los comités de obra 87 del 17 julio de 2012, 88 del 24 de julio de 2012, 89 el 31 de julio de 2012, 90 del 08 de agosto de 2012 y 91 del 14 de agosto de 2012.
3. Falta de convocatoria a las reuniones mensuales de la junta directiva para los meses de julio y agosto de 2012 y por ende falta de definición y firma de contratos esenciales para el desarrollo del contrato de concesión entre ellos los de la circunvalar y la vía a la paz.
4. Falta de toma de decisiones operativas que impidieron el inicio de algunas obras (por ejemplo la circunvalar) y la detención de otras (por ejemplo Vía la Paz), lo que generó incumplimiento en el cronograma de obras.
5. Falta de respuesta de las comunicaciones radicadas en la sede de la sociedad y remitidas por la interventoría y la entidad contratante, incumpliendo lo descrito en el contrato.
6. Falta de gestión para la firma de las órdenes de operación de los pagos de nómina y proveedores, lo que generó incumplimiento ante terceros y malestar en los trabajadores.

La situación anteriormente descrita no sólo puso en riesgo a la compañía sino que evidenció la inoperancia de la junta directiva y el incumplimiento de sus funciones, pues solamente dos de sus cuatro miembros estuvieron pendientes de la situación, pero no pudieron tomar ninguna determinación debido a que el representante legal no citó a ninguna reunión.

- b. El 21 de agosto de 2012 cité a una junta directiva para el 27 de agosto de 2012 con el objeto de definir el reemplazo del gerente y representante legal sin embargo, aún con la presencia de todos los miembros esa junta no se llevó a cabo. El 5 de septiembre de 2012 se citó una reunión de Junta Directiva para el 13 de septiembre de 2012, con el mismo objeto anterior, reunión a la que sólo se presentaron los Miembros José Hernandez y Diana Gil, por lo que no hubo quorum deliberatorio.
- c. El día 27 de agosto de 2012 hice una citación a asamblea de accionistas para el día 3 de septiembre de 2012, sin embargo ese día sólo se presentó el representante de Vergel y Castellanos S.A. y asistió un representante de GAYCO S.A. que no cumplía con las condiciones para ser apoderado. El 5 de septiembre de 2012 se citó una nueva reunión para el 13 de septiembre de 2012, reunión a la que sólo se presentó el representante de la empresa Vergel y Castellanos S.A. Después y dando cumplimiento a los estatutos se citó nuevamente una asamblea el día 1 de octubre de 2012 para el 8 de octubre de 2012, reunión que tampoco se efectuó pues sólo se contó con la presencia del representante de Vergel y Castellanos S.A.

En resumen, en la carta de despido, se indica que la sociedad empleadora, específicamente la junta directiva y la asamblea de accionistas incumplió



con una serie de acuerdos y funciones que le impidieron a la actora desempeñar sus funciones a cabalidad.

Dentro del interrogatorio de parte recibido a la demandante precisó que cuando llegó a Cali encontró unas sociedades que estaban juntas para poder ejecutar el proyecto con VÍAS DE CALI, las cuales le indicaron que no tenían problemas financieros, entonces ella empezó a salir en prensa a decir que el proyecto estaba bien, que acudió a bancos a dar esa información de que la sociedad estaba bien financieramente y hacer vínculos comerciales con empresas de Cali, a las que luego les tuvo que quedar mal como representante de vías de Cali, que siempre tuvo conocimiento de la limitación de la firma de los 50 salarios mínimos, sin embargo pensó que iba a tener una junta directiva que la iba a ayudar y le iba a apoyar, que iba a ser un órgano que iba a colaborar con el desarrollo del proyecto, pero no lo encontró, porque cada vez que les pedía algo le decían que sí, pero no llegaba el dinero, por ejemplo para el pago a proveedores. Enunció que, en su primera renuncia le informó a la junta directiva que no podía continuar con la situación, porque no le estaban pagando sobre el 100% del sueldo la seguridad social y demás, que se dio cuenta que no le pagaban incapacidad, que se dio cuenta que no le ayudaba, entonces por eso decidió retirarse de la empresa.

En el escrito de demanda, la señora DIANA PATRICIA señaló que, el 16 de noviembre de 2012 se vio obligada a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, debido a los constantes incumplimiento de algunas obligaciones del empleador, como pagos de recargos, reajustes de salario e incumplimiento de beneficios. Que, estaba supeditada a la decisión de la junta directiva, inclusive en las decisiones de pago de proveedores y trabajadores de altas jerarquía, así como por parte de la asamblea de accionistas, lo que le impidió desempeñar a cabalidad el cargo para el cual fue contratada, que en muchas ocasiones los compromisos contractuales y pago de proveedores fueron incumplidos a pesar de haberse autorizados, quedando expuesta a la mala imagen y honestidad profesional, pues era quien debía asumir y expuso a los múltiples incumplimientos de las obligaciones que con su palabra había refrendado previa verificación con la junta, ocasionándole un desprestigio de su trabajo y buen nombre en todo el gremio de la ingeniería civil, sector donde siempre se ha desempeñado. Que, el día 30 de enero de 2012, debido a que su nombre estaba siendo puesta en la palestra pública debido a los



rumores de nexos de los accionistas de su empleadora con el grupo “nule”, así como señalada que incumplió los pagos de proveedores y las obligaciones adquiridas, presentó renuncia formal al cargo, sin embargo, solo hasta el 16 de noviembre de 2012 pudo terminar de manera unilateral el contrato de trabajo, luego de que en repetidas ocasiones presentara la renuncia y el plan de empalme.

Por su parte, la liquidadora de la sociedad llamada a juicio declaró que, no tiene constancia si vías de Cali le dio respuesta a las cartas de renuncia que presentó la actora, pero que sí tuvo acceso a las cartas y que en ninguna de ellas manifestó su inconformidad ante la demandada, que incluso todo lo que expuso la demandante en el interrogatorio no lo plasmó en las cartas.

Del análisis del material probatorio, concluye la Sala en primera medida, que los supuestos incumplimientos por parte del empleador relacionados al pago de recargos, reajustes salarial y bonificaciones no fueron puestos en conocimiento a la sociedad demandada, pues en la carta de renuncia no se hizo mención, y solo fue a partir del presente proceso que trajo a colación tales situaciones. Ahora, si bien la señora DIANA PATRICIA insiste que la sociedad VIAS DE CALI S.A a través de su junta directiva y asamblea de accionista faltó a los compromisos contractuales, lo que le impidió ejecutar su funciones a cabalidad, lo cual constituyó un motivo para dar por terminado el contrato de trabajo, sin embargo, recuerda esta Corporación que a la actora le corresponde demostrar que los hechos que alega o generaron la terminación unilateral del contrato sí ocurrieron, y es que basta con detallar el expediente para inferir que la actora no cumplió con la carga de la prueba, pues no se vislumbra de forma detallada y certera que la demandada incumplió con las obligaciones que se alega y que puedan constituir justa causa atribuible al empleador.

5.4 De la responsabilidad solidaria.

El artículo 34 del C.S.T dispone que son contratistas independientes: “1. *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 beneficio 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.

2.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.”

La ley contempla una responsabilidad solidaria en los casos en que el contratista desarrolle actividades propias del objeto social del beneficiario o contratante, como lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL3530 de 2022:

“Claro lo anterior, conviene recordar que el artículo 34 del CST, establece la solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de éste, siempre que las actividades pactadas por el dueño de la obra tengan una relación directa con aquellas que se derivan del giro ordinario de sus negocios, esto es, que no sean extrañas o ajenas a su actividad. Así se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 17 jun. 2008, rad. 30997; CSJ SL, 1° mar. 2010, rad. 35864; CSJ SL12234-2014; CSJ SL17343-2015 y, recientemente, en la CSJ SL601-2018.

En hilo a lo reseñado, debe recordarse que en los términos del artículo 34 del CST, son dos los requisitos para que proceda la solidaridad del contratante frente a su contratista, a saber: ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última (CSJ SL3718-2020).”



El juez de instancia no declaró solidariamente responsable Municipio de Santiago de Cali, de las obligaciones laborales insolutas adeudadas al demandante, decisión de la cual disiente la parte activa, pues estima que el ente territorial debe ser condenado solidariamente, correspondiéndole a la Sala determinar, si el Municipio de Cali es solidariamente responsable de las deudas laborales reconocidas en primera instancia.

Descendiendo al caso objeto de estudio, afirmó la parte demandante en su interrogatorio de parte que, si bien es cierto la relación contractual que tuvo fue directamente con la sociedad vías de Cali, sociedad que se generó con un objeto único, que no era sociedad mercantil común y corriente, sino que se generó con el objeto único de desarrollar un contrato de concesión que se suscribió con el municipio de Cali para la construcción de unas obras; que el municipio de Cali dentro de las obligaciones incluidas en el contrato, tenía un supervisor y tenía una serie de interlocutores, quienes daban instrucciones no solamente en los temas técnicos, en temas de obra, sino también en los temas fiduciarios, que fue tan así que los ingresos directos que tenía, o mejor los únicos ingresos apartes de los acciones, pero que el principal aporte de la demandada era el dinero que trimestralmente giraba la secretaria de infraestructura. Que tenían reuniones con el secretario o funcionario delegado del municipio, dos veces a la semana para los temas técnicos, y una vez al mes para los temas financieros, liderando Cali como dueño de los recursos. Que, municipio participa activamente en la ejecución de la obra, que un ejemplo es el secretario de infraestructura en el año 2011 determinó que el diseño y todo lo que hizo vías de Cali técnicamente le daban para que el espesor de la calle 16 en unos tramos fuera de 12 cm, consideró que toda calle debía tener 15 cm, entonces vías de Cali aún teniendo la capacidad y propia dependencia para tomar decisiones, tuvieron que aceptar dicha solicitud e incluirla a costa de la demandada. Indicó que inició a laborar para la demandada el 17 de septiembre de 2010. No obstante, dentro del plenario no se aportó el contrato de concesión que suscribió el ente territorial con VIAS DE CALI S.A.

Por su parte, el Municipio de Cali en la contestación a la demanda indicó que, una vez adjudicado el contrato de concesión, es la sociedad concesionaria quien debe cumplir a cabalidad con el objeto contractual, quien debe hacerse cargo de la mano de obra y demás factores que influyan para el cumplimiento. Y que, nunca le impartió órdenes a la



demandante, ni pagó nómina de su parte. Así las cosas, de forma reiterativa se indica que, ante la falta de material probatorio, se hace imposible determinar si dentro de las funciones constitucionales y legales del Municipio, y el objeto del contrato que suscribió con VIAS DE CALI S.A está incluido dentro de las funciones del beneficiario de la obra, carga probatoria que correspondía a la demandante.

5.5. Sobre el llamamiento en garantía.

El apoderado judicial de AXA Colpatria S.A expuso su inconformidad frente a la condena impuesta en primera instancia, por cuanto alega que se realizó una lectura indebida de la póliza, y que, al no prosperar la responsabilidad solidaria por parte del Municipio de Santiago de Cali, quien es el beneficiario de la póliza, la misma no puede verse afectada.

Advierte la Sala que, el Municipio Santiago de Cali suscribió una póliza de seguro de cumplimiento; distinguida con el No. 8001035590 con la compañía AXA COLPATRIA, cuya vigencia estaba comprendida entre el 06 de marzo de 2014 al 20 de marzo de 2019; figurando como tomador la empresa VIAS DE CALI y asegurado MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI., y cuyo objeto es amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato suscrito entre las partes referente al contrato de concesión, por tanto, como bien lo planteó el apoderado judicial de la aseguradora no está llamada hacerse efectiva la póliza citada, por cuanto el MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI no fue condenado a responder solidariamente por las acreencias laborales reconocidas a la demandante, por ende, al no existir obligación alguna impuesta al ente territorial no hay lugar incluir las condenas a cargo de VIAS DE CALI con las establecidas en la póliza. Debiendo modificar esta Corporación este punto de la sentencia.

5.6 Indemnización moratoria.

El artículo 65 del CST establece: *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos*



veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”

De manera reiterada, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que el reconocimiento de la indemnización moratoria no es automático, y que para efectos de determinar si es o no procedente, corresponde al juez abordar, en cada caso, los aspectos relacionados con la conducta que asume quien se sustrae del pago de las obligaciones laborales (CSJ SL1430-2018, CSJ SL2478-2018 reiteradas en CSJ SL5595-2019). En concordancia con lo precedente, la forma en que se ejecute la relación de trabajo entre las partes es lo que determina si el empleador actuó o no desprovisto de buena fe.

En lo que respecta a la buena fe alegada por la demandada, es pertinente iterar que la buena fe siempre equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta en contraposición a obrar de mala fe, puesto que, quien actúa así pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

Atendiendo el argumento expuesto en la sustentación del recurso de alzada, es necesario establecer si el actuar omisivo por parte de VIAS DE CALI S.A, frente a sus obligaciones como empleador estuvo provista de buena fe como quiera que no negó ni refutó el vínculo laboral ni tampoco el incumplimiento de sus obligaciones, por tanto, deberá la Sala analizar si dentro del plenario obra prueba que acredite la buena fe de la enjuiciada alegada para justificar el no pago de los intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones a la demandante.

Al revisar las pruebas aportadas, evidencia esta Corporación que la empresa demandada traída a juicio no aportó al proceso material probatorio suficiente para demostrar la buena fe, aunque señaló que el juez erró al tener por comprobada la mala fe ante la falta de contestación, y si bien no es recibido tal argumento, no puede pasar por alto esta instancia que la parte pasiva no expuso más allá un argumento específico que probara que la mora y omisión en el pago de sus obligaciones laborales se dio por situaciones amparadas en la buena fe.



De este modo, las razones expuestas no pueden servir de justificación para no realizar el pago adecuado de las prestaciones sociales al extremo débil de la relación laboral. Por lo que debe confirmarse este punto de apelación.

Por otro lado, respecto a la exoneración de pago de intereses a las cesantías, primas y vacaciones, bajo el argumento que en la liquidación cubrió el pago de dichos rubros, debe señalar la Sala que, al analizar la liquidación aducida se constata que por el concepto de prima canceló por un total de 136 días; por intereses a las cesantías por 315 días, y por vacaciones por 64 días que corresponden al año 2012; sin embargo no aparece prueba en el expediente que los periodos anteriores a esa liquidación hayan sido pagados, y como en la demanda se solicitó el pago total de las prestaciones por esos conceptos y se adujo la falta de pago era carga probatoria del empleador probar que pagó y no lo hizo.

En cuanto, a la revocatoria del numeral de la sentencia que ordenó el cálculo actuarial respecto a los aportes a la Seguridad Social en Pensión, considera la Sala que tampoco está llamada a prosperar tal petición, toda vez que, al revisar la historia laboral que reposa a folios 683 a 689 del archivo 01 del expediente digital, se advierte que el documento no pertenece a la aquí demandante sino a otra persona, por lo que no existe prueba que permite verificar que la sociedad empleadora cumplió con tal obligación. De todas maneras, ante la falta de historia laboral, y como quiera que la demandante en el interrogatorio de parte hizo referencia a cotizaciones deficitarias, pero no a falta total de cotizaciones, se adicionará la condena, en el entendido en que deberá pagar aquellas cotizaciones durante la vigencia del contrato de trabajo, con un salario de 11.000.000 en los meses que se reporten cotizaciones en la historia laboral de la trabajadora.

7. COSTAS

Para culminar, esta colegiatura NO impondrá el pago de costas en esta instancia, de conformidad con lo previsto artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa al trámite laboral, toda vez que los recursos presentados por las parte demandante y demandada fueron en la mayoría de los puntos, desfavorables.



DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, esta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga Valle, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia del tres (03) de febrero del año dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto del recurso de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar:

“CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía AXA Colpatria Seguros S.A. de pagar la señora Diana Patricia Gil López el valor asegurado en la póliza que obra a folio 340.”

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, así: *“El empleador VIAS DE CALI que deberá pagar aquellas cotizaciones durante la vigencia del contrato de trabajo, con un salario de 11.000.000 en los meses que no se reporten cotizaciones o que la cotización sea deficitaria, y a satisfacción de la AFP a la que se encuentre afiliada”*

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen para que continúe con el trámite de segunda instancia.

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS



Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

MARIA GIMENA CORENA FONNEGRA
Magistrada

Firmado Por:

Gloria Patricia Ruano Bolaños

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8a8e5eb4725fdcb8e935f2ba82b319e03bd0f63365a332e5e5f2ee5ce85ad96**

Documento generado en 09/06/2023 02:17:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>