

Doctora
MARÍA ELENA CAICEDO YELA
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
CALI – VALLE DEL CAUCA
E.S.D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO
DEMANDADOS: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS
RAD. 76001-33-33-010-2018-00300-00.

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ, abogada en ejercicio, con domicilio en Pereira, Risaralda, identificada con cédula de ciudadanía 1.088.243.926 expedida en Pereira - Risaralda, con Tarjeta Profesional No. 189.527 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.**, dentro de la oportunidad procesal, me permito presentar alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

1. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE ZURICH SEGUROS COLOMBIA S.A. FRENTE A LA ACCIÓN PRINCIPAL

Una vez concluido el debate probatorio en el medio de control que nos convoca a esta instancia judicial, ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., ejerce su defensa judicial ante las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía hecho en su contra, con los siguientes fundamentos.

Incumplimiento de la Carga de la Prueba- No se acreditó la configuración de contrato realidad

Conforme a lo reglado por el artículo 211 de la Ley 1437 de 2011 -*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*- en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado por el mencionado código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

En ese entendido, es importante resaltar el contenido del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. De suerte que, si como en el caso concreto, la parte demandante pretende “Declarar los efectos legales del contrato de trabajo por la teoría del contrato realidad (...)”, debía acreditar los elementos que, a través de su jurisprudencial, el Honorable Consejo de Estado, máximo órgano de esta jurisdicción ha fijado como integrantes del contrato realidad.

Así las cosas, debe tomarse en cuenta que a través de la Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021, del 9 de septiembre de 2021, la Sección Segunda del Consejo de estado, fijó el marco normativo y jurisprudencial para demostrar la existencia de las relaciones encubiertas o subyacentes.

Dentro de la mencionada sentencia se hace alusión a la figura del contrato estatal de prestación de servicios, por ser este uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, tratándose de un negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; se trata, por tanto, de un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

“3, Son contratos de prestación de servicios los que celebren las autoridades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Otras disposiciones legales y reglamentarias complementan la figura del contrato de prestación de servicios, entre las que destacan las de la Ley 1150 de 2007 y los decretos reglamentarios 855 de 1994, 1737, 1738 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 de 2008, 2474 de 2008, 2025 de 2009, 4266 de 2010 y 734 de 2012, muchas modificadas, subrogadas y compiladas en el Decreto 1082 de 2015.

Con base en las citadas disposiciones de rango legal y reglamentario, en complemento de un amplio acervo jurisprudencial del Consejo de Estado, se pueden tomar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

- I) Solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable”, y para desarrollar “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanente o recurrentes de esta.
- II) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas, sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades “no pueden realizar con personal de planta o requieran conocimiento especializados”.
- III) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numera 3 de la Ley 80 de 1993 determinan que “en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”.

Frente a este último punto, es importante destacar que **lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el contratista se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes.**

A pesar de lo que establece el citado numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80, respecto de que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Por lo anterior, la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado ha fijado los siguientes elementos como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual:

Estudios Previos. En la Sentencia de Unificación SUJ-025 – CE- S2-2021, en el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual.

Así lo definió el Consejo de Estado en la mencionada Sentencia de Unificación:

*“(…) para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el “término estrictamente indispensable”, del artículo 32 de la ley 80 de 1993, **los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que le objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consecuencia desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional**” (negrilla y subrayado fuera de texto).*

Subordinación continuada. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cual sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

La citada Sentencia de Unificación consolidó las siguientes circunstancias como indicios de la subordinación:

El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, la Sala Pelan estimó necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador debe valorar, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente que exista subordinación, y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) habitualmente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contrata consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas identificadas, semejantes o equivalente a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Prestación personal del servicio. Como persona natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro: por lo que, dadas las condiciones para su ejecución el contratista no podía delegar el ejercicio de sus actividades a terceras personas.

Remuneración. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el

nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el día 7 de febrero de 2024 se celebró la respectiva audiencia de pruebas conforme a lo estipulado por el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, en la cual se incorporaron las pruebas documentales que habían sido decretadas, y se recibió la declaración del testigo de la parte demandante el señor GIOVANNY FERNEY MEZA COCUYAME, siendo de anotar que la parte demandante desistió de su otro testigo.

Por ello, y para determinar si la parte demandante logró acreditar en el decurso del presente medio de control los elementos que permitan inferir la existencia de una relación subyacente a los contratos de prestación de servicios suscritos entre el Municipio de Cali y el demandante RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO, dicho testimonio debe analizarse a la luz de las reglas de la sana crítica en conjunto con las pruebas documentales obrantes en el plenario.

De la mencionada diligencia quedó registro videográfico, en el cual a partir del minuto 31:38 y hasta aproximadamente el minuto 49:30 se puede observar el interrogatorio que absolvió el testigo de la parte accionante, por preguntas hechas por la titular del Despacho.

De dicho testimonio se destacan las siguientes respuestas dadas por el testigo:

PREGUNTADO: *¿usted sabe si había personal en el Distrito Especial de Santiago en Cali en la misma oficina desempeñando las funciones, pero de planta, es decir, con vinculación con nombramiento en el Distrito Especial de Santiago de Cali, de las que desempeñaba el señor Ricardo?*

CONTESTADO: *NO. Nosotros estábamos por prestación de servicios (...) Éramos prestadores de servicio. (minuto 36:18 a 36:45 audiencia de pruebas)*

(...)

PREGUNTADO: *¿sabe usted que horario cumplía el señor Ricardo Cabal Cano?*

CONTESTADO: *a él le tocaba más durito, porque nosotros llegábamos a esa hora, y él continuaba en campo, y muchas veces le tocaba hasta las 9 de la noche, a veces salía muy tarde (...) el tema de el, los reconocedores les tocaba más duro PORQUE ERA POR MÁS META, entonces ellos pa cumplir la meta pues les tocaba esforzarse un poquito, Y SI NO TERMINABA LA TAREA DE HOY SE LE ACUMULABA PAL OTRO DÍA (...) (minuto 43:09 en adelante)*

(...)

PREGUNTADO: *¿sabe usted si la coordinadora o alguien le exigía ese horario al señor Ricardo?*

CONTESTADO: (...) EL TEMA ES QUE ELLOS NO MIRABAN EL HORARIO, pero siempre salían muy tarde. (minuto 45:30 en adelante)

PREGUNTADO: ¿pero usted sabe si había alguna directriz escrita o verbal usted escuchó en algún momento a la coordinadora exigirle al señor Ricardo que cumpliera ese horario?

CONTESTADO: (...) hacían unas reuniones pequeñas y todo fue verbal, HAY QUE CUMPLIR LA META NO IMPORTA EL HORARIO (...) (minuto 46:16 en adelante)

PREGUNTADO: ¿qué le decían frente al horario concretamente?

CONTESTADO: SI, POR EL TEMA DE LA META. POR EL TEMA DE LAS METAS ESO. (minuto 46:50 en adelante)

PREGUNTADO: ¿qué directrices verbales usted escuchó que le dieran al señor Ricardo sobre el horario?

CONTESTADO: a nosotros nos exigieron el tema del horario QUE NO HABÍA HORARIO DE SALIDA, TENÍAMOS HORARIO DE INGRESO, PERO NO DE SALIDA.

(...)

Previo al análisis de la declaración del testigo, debe considerarse que, aunque el cumplimiento de un horario de trabajo podría tomarse como un indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá valorarse según el objeto contractual.

A partir de las respuestas dadas por el señor GIOVANNY FERNEY MEZA COCUYAME frente al interrogatorio formulado por la Jueza, se pueden realizar las siguientes inferencias: si bien es cierto el testigo hizo alusión a la existencia de un horario de entrada, y posiblemente un horario de salida dicho tema no termina por quedar claro, puesto que, después relacionó dicho horario con el volumen de la carga laboral que tenía, y el cumplimiento de las metas asociadas a la labor encomendada.

Ahora bien, tratándose de la labor u objeto del contrato, a pesar de tratarse de dependencias distintas, como lo estableció el testigo, este hizo alusión a que se encontraba trabajando en un proyecto de actualización catastral en la ciudad de Cali (Valle del Cauca), y mencionó que quienes trabajaban en dicho proyecto eran personas vinculadas por prestación de servicios, y que no había personal de planta que estuviera vinculado a dicha actividad.

Continuando con el análisis de la declaración del testigo de la parte demandante, y retomando el tema del horario que supuestamente se había impuesto al accionante, el declarante deja espacios para la confusión con su declaración, pues a pesar de que hace referencia a un horario, también hace amplia mención al cumplimiento de unas metas u objetivos; es decir, afirmó el testigo que el horario de salida del accionante estaba supeditado o ligado al cumplimiento de unos objetivos o metas.

De manera literal el testigo indicó que lo que se les decía era que había un horario, pero no un horario de salida, lo que, en complemento de otras respuestas dadas por el mismo declarante puede inferir razonablemente era más bien relacionado con el cumplimiento de las metas u objetivos, y no con la imposición de un horario realmente.

Además, manifestó que la imposición del horario al accionante devino de la subdirección, pero allí se volvió a contradecir, porque si bien menciona el horario, también indica que en realidad no miraban el horario, ya que lo que realmente era relevante era el cumplimiento de las metas establecidas.

Analizando la versión vertida por el testigo de la parte demandante el señor GIOVANNY FERNEY MEZA COCUYAME frente al interrogatorio formulado por la Jueza titular del Despacho, a la luz de las reglas fijadas por la Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021, dicha declaración resulta como insuficiente para acreditar la totalidad de los elementos que permitieran determinar la existencia de una relación laboral subyacente en el caso del accionante RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO.

Retomando la versión rendida por el señor GIOVANNY FERNEY MEZA COCUYAME para el estudio del factor horario de labores como indicio de la existencia de la subordinación continuada, tema sobre el cual hizo amplió énfasis el testigo en su declaración, se debe reiterar que no se tiene total y completa claridad respecto de este elemento.

En efecto, el testigo traído al proceso por la parte demandante manifestó que tenían un horario de entrada fijado a las 6:30, y que después de ello a las 7 am debían de partir para realizar las labores de campo propias del objeto contractual, sin embargo, el testigo no dio claridad con respecto al tema del horario de salida, y dio a entender que la finalización de las labores estaba ligada al cumplimiento de las metas u objetivos propuestos a los contratistas en la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con el Municipio de Cali.

Para reforzar lo señalado, traemos a colación algunas respuestas dadas por el testigo al ser interrogado por las partes del proceso, veamos:

PREGUNTADO (apoderado LA PREVISORA): Por favor aclare al Despacho a que hace referencia esas metas

CONTESTADO: en la parte del reconocimiento del compañero Alejandro Cabal y otros reconocedores las metas que les colocaban a ellos diarias eran por decir que tiene que entregar 80 predios o 90 predios diarios. Entonces que sucede, esa meta era diaria el cual en campo no más alcanzaban a hacer la mitad, entonces les quedaba represado el otro, al otro día tocaba otros 70 predios se acumulaban con el faltante del día anterior, Y ASÍ MISMO SE RECARGABAN, así era la metas que a ellos les tocaban (...) ya el resto tocaba en oficina, QUE AHÍES DONDE LOS COGÍA LA NOCHE, QUE LES TOCABA MADRUGAR MÁS (...) PUES PARA PODER CUMPLIR CON LAS METAS. (minuto 1:01:08 en adelante)

PREGUNTADO: (...) infórmele al Despacho en qué consistía la supervisión que ejercía la señora **MARÍA MERCEDEZ** que usted mencionó que era la coordinadora del señor **Ricardo Alejandro** ¿en qué consistía esa supervisión?

CONTESTADO: precisamente la doctora se encargaba ellos les hacían un filtro para que cumplieran tanto con las fichas catastrales urbanas y rurales, **LA DOCTORA LO QUE HACÍA ERA REVISAR LOS PORCENTAJES QUE IBAN EN CARGA E IBAN ACTUALIZANDO EL ARCHIVO, POR DECIR LA PLATAFORMA, ESA ERA LA TAREA DE LA DOCOTORA (...)**

(...)

PREGUNTADO (apoderada Seguros del Estado): ¿Usted le consta si el señor **Giovanny Ferney (sic)** salía todos los días a la misma hora?

CONTESTADO: (...) **POR EL TEMA DE LAS CARGAS**

PREGUNTADO: (...) ¿**ERA UN HORARIO FIJO O TENDÍA A VARIAR?**

CONTESTADO: (...) **HABÍA HORARIO DE ENTRADA, PERO NO DE SALIDA**

PREGUNTADO: ¿Si el demandante decidiera salir a las 6 de la tarde 5 de la tarde había alguien que le prohibiera que no podía salir a esa hora?

CONTESTADO: claro, la coordinadora

PREGUNTAOD: ¿pero le prohibía específicamente que no podía salir a esa hora?

CONTESTADO: (...) a nosotros en las reuniones nos decían aquí el que, todo el mundo tiene que cumplir un horario, por eso se decía, dentran a la hora, le decía por ejemplo a un grupo **USTEDES RESPONSABLE DE SU META SI USTED ENTRA A LAS 8 DE LA MAÑANA ES COSA SUYA SI USTED ENTRA A LAS 6 QUE DEBE CUMPLIR ES COSA SUYA, PERO USTED ME TIENE QUE CUMPLIR USTED TIENE QUE CUMPLIR CON LA META.** (minuto 1:04:16 en adelante)

El detenido examen de las respuestas dadas por el señor **GIOVANNY FERNEY MEZA COCUYAME** antes las preguntas formuladas por los apoderados de algunas de las partes involucradas en el presente medio de control, permite observar lo siguiente: el testigo se sigue contradiciendo en el tema del horario, pues si bien es coherente con el supuesto horario de entrada, no así con respecto del horario de salida, por cuanto no lo estableció con claridad, y de sus dichos se puede inferir que la jornada de trabajo estaba ligada u orientada al cumplimiento de los objetivos diarios planteadas como parte de la ejecución del contrato.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta esas contradicciones y la falta de claridad respecto de la hora de salida que supuestamente hacía parte de ese horario laboral, la declaración vertida por el señor **MEZA COCUYAME** no cuenta con el vigor probatorio suficiente para ser tenida como indicio que demuestre la imposición de un horario laboral al accionante **RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO**.

Más allá de los vacíos encontrados en la declaración del testigo, la parte demandante, incumpliendo con el deber de la carga de la prueba previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso, no aportó ningún otro soporte probatorio, tales como actas de reuniones, comunicaciones, cuadros de horarios, etc, que corroboraran la estricta exigencia por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali del cumplimiento de un horario laboral al demandante.

A partir de las declaraciones del testigo, y ante la ausencia de prueba que diera cuenta fehacientemente del inicio y terminación de la presunta jornada laboral del accionante, cabe la inferencia de que, una vez terminada las labores, o en este caso cumplida la meta asignada, el accionante podía dar por finalizada la prestación de su servicio profesional.

No está demás indicar que, tal y como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia dentro del Radicado 66001-23-33-000-2018-00035-01 con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas **“(…) conviene recordar que el establecimiento de un horario surge como parámetro natural y lógico de la coordinación necesaria para llevar a buen término el objeto de los contratos (…)”**. (negrilla y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, frente a la **dirección y control efectivos de las actividades a ejecutar** por el accionante, como criterio para inferir la existencia de la subordinación continuada, debemos retomar los dichos del testigo de la propia parte demandante, quien a lo largo de su declaración fue consecuente y coherente al indicar que la labor encomendada tanto a él como al accionante estaba orientada al cumplimiento de unas metas diarias.

Como complemento de ello también es importante destacar el siguiente interrogante, con su respectiva respuesta, que fue planteado por la Jueza (minuto 01:27:07 en adelante- registro en vídeo audiencia de pruebas):

PREGUNTADO: ¿cómo cumplía el señor Ricardo su servicio? Es decir ¿cómo lo prestaba? ¿tenía que recibir alguna orientación en el campo todos los días o él lo hacía de manera autónoma?

CONTESTADO: doctora, antes de salir a campo se hacía con un coordinador y con ella, la planificación de lo que se va a hacer, así mismo se salía a allá programada la gente cuál era la actividad que se va a hacer para no estar quemando tiempo por decirlo así.

PREGUNTADO: ¿pero para el trabajo que él tenía que hacer en campo él tenía que aplicar sus propios conocimientos (…)?

CONTESTADO: ÉL APLICABA SUS PROPIOS CONOCIMIENTOS COMO PROFESIONAL (…)

Además, al ser interrogado respecto de si alguna vez vio al señor RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO recibir algún llamado de atención, el testigo refirió que no lo llegó a presenciar (minuto 01:26:51 registro en vídeo audiencia de pruebas). Además, es de anotar lo dicho por el testigo sobre la supervisión del contrato

al ser interrogado sobre ello por el apoderado de La Previsora S.A., ante lo cual señaló que la supervisión del contrato se limitaba a verificar los porcentajes en carga de los predios asignados al accionante, y la actualización de dicha información en una plataforma.

Cabe recordar que, según la Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. **En ese sentido, lo que debía probar la parte demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que se demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual.**

De la lectura de los contratos que fueron aportados como prueba documental con el escrito de la demanda, así como del análisis de la declaración vertida por el señor GIOVANNY FERNEY MEZA COCUYAME, no se logra determinar que la entidad demandada hubiese ejercido sobre el señor RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO una influencia decisiva sobre las condiciones en que este último llevaba a cabo sus actividades profesionales.

A este respecto, no puede pasar por inadvertido lo dicho por el testigo quien de manera categórica indicó que, al momento de realizar su trabajo de campo, el señor RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO hacía uso de sus propios conocimientos como profesional, aunado a que la supervisión del contrato como es apenas lógico se ocupaba de revisar el porcentaje del cumplimiento de los objetivos planteados; en otras palabras, lo que el testigo indicó fue que el accionante contaba con autonomía técnica y profesional para el cumplimiento del objeto del contrato de prestación de servicios que lo vinculó con la entidad demandada.

Si bien es cierto, el testigo manifestó que el señor CABAL CANO contaba con una coordinadora quien ejercía una supervisión sobre el cumplimiento del objeto del contrato, en primer lugar, como ya se mencionó dicha supervisión estaba orientada a verificar el cumplimiento de los objetivos planteados en ejecución del control, además de que, debe señalarse que a partir de la declaración del testigo o de las demás pruebas que obran en el plenario no existen elementos para inferir que dicha supervisión implicaba una relación de subordinación o dependencia, sino que lo que realmente constituía era una colaboración y coordinación, necesarias para el normal cumplimiento no solo del objeto contractual sino también de los fines esenciales de la actividad de la administración pública.

Las instrucciones que según lo relatado por el testigo se impartían al accionante previo a que partieran a realizar las labores de campo, guardan armonía con el objeto de los contratos de prestación de servicios que este último suscribió con la entidad demandada, pues en los mismos se especificaba que el accionante se comprometía a **“Atender las sugerencias que el Municipio de Santiago de Cali – Departamento Administrativo de Hacienda, considere convenientes y pertinentes para la ejecución del objeto del contrato”.**

Como síntesis de lo hasta ahora analizado, de las afirmaciones del único testigo de la parte demandante en conjunto con las pruebas documentales que obran en el plenario, no queda suficientemente clara la existencia de la subordinación o dependencia continuada como elemento esencial de la así llamada figura

del “contrato realidad”. Lejos de ello, lo que se puede inferir razonablemente a partir de las declaraciones del testigo es una actividad de coordinación entre la entidad contratante y el señor RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO como contratista, lo cual resulta completamente ajustado al objeto contractual.

Por lo anterior, se hace hincapié en que la prueba testimonial practicada en el medio de control de la referencia resulta insuficiente para determinar que el señor RICARDO ALEJANDRO CABAL CANO laboró al servicio del Municipio de Santiago de Cali - subdirección de Catastro Municipal, en condiciones de subordinación o dependencia continuada.

Así las cosas, y para cerrar el presente acápite, en el *sub-lite*, la parte demandante no logró demostrar que la prestación del servicio se hubiera realizado con ausencia de autonomía, pues, se reitera que, a la luz de la reglas fijadas por el Consejo de Estado en su nutrida jurisprudencia, el solo cumplimiento de un horario y el recibo de instrucciones son condiciones válidas para el desarrollo del objeto de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el accionante y el Municipio de Cali.

EXCEPCIONES PROBADAS RELATIVAS AL CONTRATO DE SEGURO

Ahora bien, por encontrarnos en la oportunidad procesal pertinente, y en vista de estar ad- portas de que se resuelva de fondo el presente asunto, considera la suscrita apoderada que es necesario retomar lo manifestado en el escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, frente a las condiciones en virtud de las cuales ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., entidad a la cual represento, fue vinculada al medio de control de la referencia.

Por lo anterior, se reitera al Despacho que, al momento de resolver sobre la relación jurídica entre el llamante en garantía, el asegurado y QBE SEGUROS S.A., hoy ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., debe estar supeditada a los términos, condiciones y exclusiones de la póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Públicos no. 000705705078, que se prueben en el proceso y que estén vigentes al momento de producirse la reclamación en los términos de la póliza,

En ese entendido, tal y como se manifestó desde el escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, no existe ninguna cobertura en la póliza que sirva como fundamento al llamamiento en garantía, pues se trata de un riesgo no asegurado en la póliza, en suma, a a que el proceso versa sobre hechos diferentes a los que fueron trasladados a la póliza mencionada.

En igual sentido, reiteramos que las pólizas No. 45-01-101000026 y 1009683 no fueron expedida por QBE SEGUROS S.A.S, hoy ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., así como mi representada tampoco tiene participación en las mismas como coaseguradora, motivo por el cual de manera oportuna expresamos OPOSICIÓN frente al llamamiento en garantía efectuado a la aseguradora cuyos intereses represento.

Al momento de realizar el análisis del llamamiento en garantía y de la motivación de la vinculación de mi representada al curso del presente medio de control, deben considerarse factores tales como el objeto del contrato de seguro suscrito entre el Municipio de Santiago de Cali, el cual suscribió con la aseguradora a la cual represento y otras coaseguradoras la póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Públicos No.

000705705078. Por tanto, es importante hacer énfasis en que dicha póliza no tiene cobertura para eventos como el que motivan la demanda que dio lugar al presente proceso judicial.

En efecto, el objeto del contrato de seguro que se suscribió en virtud de la póliza en comento era el de amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y/o al Estado, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los Servidores Públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, bajo el cumplimiento de las condiciones, límites y exclusiones dispuestos en el contrato de seguro.

Es por ello por lo que se formuló una oposición tajante al llamamiento en garantía, pues en concordancia con el objeto y naturaleza del seguro que sustentó el mimo, los hechos que motivaron el ejercicio del presente medio de control no le son imputados a un servidor público considerado individualmente, sino que el demandado es el Municipio de Santiago de Cali como entidad territorial con autonomía política, fiscal y administrativa, siendo este una persona jurídica diferente a la de sus funciones, tal y como lo establece la ley 136 de 1994 en su artículo primero.

En igual sentido, no puede perderse de vista que la modalidad de cobertura de la póliza contratada, que para la póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Público No. 000705705078 es de reclamación o Claims Made; por ello, en la condiciones de la póliza se estableció que, se entenderá para todos los efectos que hay reclamación con la notificación del auto de imputación de cargos (disciplinario), apertura de proceso (fiscal) o de la acción (repetición o llamamiento, civil o administrativa), citación a rendir indagatoria o a primera audiencia (penal), por lo que en este proceso la ÚNICA vigencia de la póliza que debe ser tenida en cuenta es aquella en la que se haya presentado la reclamación en los términos de la póliza, sin que a la fecha exista la misma, por estar en un asunto donde se planteó una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Municipio de Cali y no de un funcionario en particular.

Conforme lo anterior, vale la pena reiterar las excepciones de fondo propuestas al llamamiento en garantía, a saber:

1.1. INEFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR HABER TRANSCURRIDO MÁS DE 6 MESES DESDE LA ADMISIÓN DEL LLAMAMIENTO HASTA LA NOTIFICACIÓN DE MI REPRESENTADA.

El artículo 227 de la Ley 1437 establece que, en lo que tiene que ver con el trámite y alcance de la intervención de terceros, en lo regulado por dicho código, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

Por ello, tómese en consideración el tenor literal del artículo 66 del Código General del Proceso, conforme al cual, si la notificación de la admisión del llamamiento en garantía no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes el llamamiento será ineficaz”.

En el caso concreto, el auto que admitió el llamamiento en garantía hecho a QBE SEGUROS S.A., hoy ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., fue emitido el 15 de octubre de 2019, y notificado por estados al día siguiente, sin embargo, el Municipio de Santiago de Cali realizó las gestiones pertinentes para la notificación personal del mismo a mi representada el día 13 de octubre del año 2020, a través de correo electrónico, es decir, habiéndose superado ampliamente la marca de 6 meses establecida en la normatividad procesal vigente y aplicable.

Aun tomando en cuenta el tiempo durante el cual estuvieron suspendidos los términos judiciales por disposición del Consejo Superior de la Judicatura (entre el 16 de marzo y el 1o de julio de 2020), el tiempo transcurrido entre la admisión del llamamiento en garantía y la notificación de aquella de manera personal a ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., fue de más de 8 meses, y por ello, al tenor del precitado artículo del Código General del Proceso, dicho llamamiento está llamado a ser ineficaz.

1.2. AUSENCIA DE COBERTURA PARA LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA DEMANDA.

La póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Público No. 000705705078 no tiene cobertura para los hechos que motivaron el medio de control de la referencia. Según consta en las condiciones particulares de la mencionada póliza, el “OBJETO DEL SEGURO”, se pactó el amparo de los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados al MUNICIPIO DE SNTIAGO DE CALI y/o al Estado, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los Servidores Públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, bajo el cumplimiento de las condiciones, límites y exclusiones dispuesto en el contrato.

“OBJETO DEL SEGURO

Contratar la cobertura de seguro de responsabilidad civil servidores públicos, de conformidad con lo previsto en el Artículo 51 de la Ley 1737 de 2014, la cual autoriza la constitución de la póliza bajo los siguientes términos: “.... contratar un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, mediante el cual se ampare la responsabilidad de los mismos por actos o hechos no dolosos ocurridos en el ejercicio de sus funciones, y los gastos de defensa en materia disciplinaria, penal, y fiscal que deban realizar; estos últimos gastos los podrán pagar las entidades, siempre y cuando existe decisión definitiva que exonere de toda responsabilidad y no sea condenada la contraparte a las costas del proceso”.

Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causado al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y/o al Estado como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los Servidores Públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan en el presente Pliego de Condiciones.

Asumir los gastos de defensa (honorarios profesionales de abogados defensores y cauciones judiciales) según los límites establecidos en este documento y los procesos previstos en la

disposición antes descrita, y en los que se discuta la responsabilidad correspondiente a los cargos asegurados". (negrilla y subraya fuera del texto original).

Las condiciones de la citada póliza, y entre ellas el objeto de esta pueden visualizarse a folio 138 del archivo 06 del cuaderno 02Llamamiento en Garantía, del expediente digital del medio de control del asunto. Una vez analizados los hechos con los cuales la parte demandante da sustento a las pretensiones de la demanda, queda claro que la imputación hecha a partir de los mismos no recae sobre un servidor público considera individualmente, sino que el demandado es el Municipio de Santiago de Cali como entidad territorial, con autonomía política, fiscal y administrativa.

Lo anterior resulta de suma relevancia para el análisis del llamamiento en garantía hecho a QBE SEGUROS S.A., ahora ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., pues como puede observarse el objeto de la póliza y en quienes se consideran como asegurados con la misma, encontramos que lo es única y exclusivamente el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y(o el Estado, precisamente, frente a los actos de sus funcionarios públicos, no siendo el objeto de este proceso establecer si se ha causado algún perjuicio al municipio.

En estos términos, el llamamiento en garantía hecho a ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., está llamado a no prosperar, pues el riesgo asegurado a través de la póliza antes mencionada dista mucho del tema central de la litis, pues con la póliza en comento se pretende amparar la responsabilidad de los servidores públicos que por sus actos incorrectos generen perjuicios al Municipio, tratándose de una hipótesis completamente diferente al problema jurídico planteado con la demanda.

1.3. LAS SITUACIONES DE HECHO Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA ESTÁN EXPRESAMENTE EXCLUIDAS DE COBERTURAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZIA 000705705078.

Se reitera que, con el escrito de contestación de la demanda, se allegaron al Despacho una serie de pruebas documentales, entre ellas el condicionado general de la Póliza 000705705078, misma que fueron incorporadas al proceso como pruebas en el marco de la audiencia inicial surtida el día 25 de octubre del año 2023 a instancias del Honorable Despacho.

En ese orden de ideas, téngase en cuenta que en el punto 2.9. de dicho condicionado general, de manera expresa y taxativa se excluyen los hechos y situaciones que son objeto de la litis en el presente medio de control, veamos:

"2.9. SE EXCLUYEN DEMANDAS LABORALES DE CUALQUIER ÍNDOLE: LA ASEGURADORA NO SERÁ RESPOSNABLE POR LAS RECLAMACIONES DE ORDEN LABORAL TALES COMO: ACCIONES DE REINTEGRO, DESPIDO INJUSTIFICAOD, RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES, PACTOS OCLECTIVOS, ENTRE OTROS, CUALESQUIERA QUE SEA LA CAUSA QUE SE ALEGUEN". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Revisado el sustento de la demanda propuesto por la parte accionante, queda suficientemente claro que el presente medio de control constituye una acción laboral, a través de la cual la parte actora busca la

declaración de la existencia de una relación laboral surgida con ocasión de los contratos de prestación de servicios que suscribió el accionante con el municipio de Cali entre diciembre de 2012 y diciembre de 2015

Así las cosas, por tratarse de un pleito de carácter laboral, se entiende entonces como configurada la exclusión pactada entre las partes, y por tanto se reitera, el llamamiento en garantía hecho a QBE SEGUROS S.A., ahora ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., está llamado a no prosperar. En el eventual y remoto evento de acceder a las pretensiones de la demanda, ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., no tendría que reconocer ninguna suma de dinero por encontrarse configurada exclusión pactada como parte del contrato de seguro.

1.4. COASEGURO- RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL DE CADA COASEGURADOR.

La póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Público No. 000705705078 que es la que sustenta el llamamiento en garantía efectuado a QBE SEGUROS S.A., hoy ZURICH SEGUROS COLOMBIA S.A., cuenta con un coaseguro dividido así:

“QBE SEGUROS S.A. 60.00

SEGUROS COLPATRIA S.A. 10.00

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. 30.00”.

Lo anterior implica que la máxima responsabilidad de ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., en el remoto evento de que se acceda a las pretensiones de la demanda, y de que no se tomen en cuenta la ineficacia del llamamiento en garantía y la falta de cobertura pactada entre aseguradora y asegurado, correspondería a un 60% de la pérdida o del siniestro, correspondiéndole a las coaseguradoras el excedente en la proporción pactada en el contrato de seguro.

La figura del coaseguro se encuentra regulada en el Código de Comercio y más concretamente en su artículo 1095, según el cual “Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradas, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”.

El coaseguro se caracteriza por la distribución del riesgo entre varios aseguradores mediante una misma póliza, de tal manera que en la misma proporción en que se distribuye la responsabilidad sobre el riesgo, los coaseguradores perciben el importe de las primas y asumen la responsabilidad respecto de los reclamos.

En ese orden de ideas, se reitera, en el eventual y remoto escenario de una sentencia que afecte la póliza de responsabilidad No. 000705705078, esta deberá ser afectada de manera proporcional, con sujeción a la distribución que de las mismas se hizo entre QBE SEGUROS S.A., SEGUROS COLPATRIA S.A., y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

1.5. DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA- MODALIDAD DE RECLAMACIÓN CLAIMS MADE.

Pues bien, tal como ya se señaló, con el escrito de la contestación de la demanda y al llamamiento en garantía se allegó al despacho como prueba documental el condicionado general de la Póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Público No. 000705705078, en la cual se observa la modalidad de cobertura de la misma, la cual para el caso concreto de por reclamación o claims desde la fecha de dicho periodo de retroactividad y notificados al funcionario asegurado durante la vigencia de la póliza.

Así mismo, se estableció dentro de la condiciones de la póliza que para todos los efectos se entenderá que hay reclamación con la notificación del auto de imputación de cargos (disciplinario), apertura de proceso (fiscal) o de la acción (repetición o llamamiento, civil o administrativa), citación a render indagatoria o a primera audiencia (penal), por lo que en este proceso la UNICA vigencia de la póliza que debe ser tenida en cuenta es aquella en la que se haya presentado la reclamación en los términos de la póliza, siendo en este caso el momento en el que fue notifica la presente demanda al Municipio de Santiago de Cali.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, según las exclusiones de la póliza, están excluidas las situaciones o reclamaciones conocidas por el asegurado con anterioridad a la entrada en vigor de la póliza, pues, de ser el caso de hechos conocidos con anterioridad por parte de la administración del Municipio de Santiago de Cali, daría lugar a la reticencia del contrato, en los términos del artículo 1058 del Código de Comercio.

Mediante la modalidad de cobertura “claims made”, se amparan las reclamaciones que se presenten durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando los hechos se hayan materializado dentro del período de retroactividad pactado; lo anterior quiere decir que, estando ante una póliza con cobertura claims made con retroactividad, la vigencia de la misma debe ser analizada, en los términos de las condiciones particulares de la póliza, y para el caso concreto, el momento en el que se llevó a cabo la notificación de la demanda al Municipio de Santiago de Cali, sin que sea procedente la acumulación de vigencias.

2. PETICIÓN

Conforme a lo argumentos presentados en el presente escrito, así como con las excepciones y argumentos planteados en el escrito de contestación al llamamiento en garantía hecho en contra de QBE SEGUROS S.A., ahora ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., y acorde con las probanzas del proceso, me permito elevar ante el Despacho las siguientes peticiones

PRIMERA: SE DECLAREN COMO PROBADAS las excepciones de fondo planteadas frente al llamamiento en garantía, a saber: “Ineficacia del llamamiento en garantía por haber transcurrido más de 6 meses desde la admisión del llamamiento hasta la notificación de mi representada”; “ausencia de cobertura para los hechos que motivan la demanda”; “las situaciones de hecho y pretensiones de la demanda están expresamente excluidas de cobertura en las condiciones generales de la Póliza 000705705078”; “Coaseguro- responsabilidad proporcional de cada asegurador”; “delimitación temporal de la cobertura.- modalidad de reclamación o claims made”.



GÓMEZ GONZÁLEZ
A B O G A D O S

SUBSIDIARIA: se declaren como probadas las excepciones de “límite de la cobertura pactada en la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos No. 000705705078”; “disponibilidad en cobertura del valor asegurado en relación con la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos No. 000705705078”; “no cobertura de dolo respecto la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos No. 000705705078”.

SEGUNDA: NEGAR las pretensiones de la demanda, por falta de cumplimiento del deber de la carga de la prueba frente a los elementos constitutivos del contrato realidad.

Cordialmente

CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ

C.C. No. 1.088.243.926

T.P. No. 189.527 del C.S de la J.