

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

PROCESO: *Ordinario Laboral*
DEMANDANTE: *GLORIA PIAMBA LÓPEZ*
DEMANDADO: *HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE*
RADICACIÓN: *76001-31-05-016-2015-00482-01*
ASUNTO: *Apelación sentencia # 128 de junio 28 de 2016*
ORIGEN: *Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Reliquidación de prestaciones sociales.*
DECISIÓN: *Confirma*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA Y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante, frente a la sentencia del 28 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **GLORIA PIAMBA LÓPEZ** contra el **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE”**, con Radicado No. **76001-31-05-015-2015-00482-01**.

SENTENCIA No. 068

DEMANDA y SUBSANACIÓN¹. Pide la accionante se declare que las doceavas y otros factores: \$901.016, auxilio de jubilación \$467.693, dominicales 33.109, son factores salariales que deben incluirse en la liquidación de prestaciones sociales para un promedio total de \$4.057.123; que como consecuencia se ordene a la demandada la reliquidación y pago de las prestaciones sociales ordenando se incluyan estas doceavas, y también se incluyan los intereses moratorios de ley o la indemnización por falta de pago; las costas y agencias en derecho.

¹ Fls. 1-6 y 15

Sustenta sus pretensiones, manifestando que laboró en la entidad demandada desde el 26 de diciembre de 1978 hasta el 01 de octubre de 2014, fecha en la cual inició el goce de su pensión de vejez; que se desempeñó como auxiliar de servicios generales-laboratorio, que la demandada al momento de liquidar las cesantías, no incluye como factor salarial conceptos como la prima de antigüedad, equivalente a dos días de salario por cada año laborado, que recibe permanente todos los diciembre, siendo el último pago en el mes de diciembre del 2014 por valor de \$6.372.732, doceava que no fue tomada en cuenta en el promedio de la liquidación, que así mismo no fueron tomados en cuenta, auxilio por jubilación, turnos dominicales pendientes por valor de \$16.821.821, cuya doceava de \$1.401.818 no fue tomada en cuenta en la liquidación de cesantías, quedando el promedio total de \$4.057.123 para realizar la reliquidación de las cesantías, cancelados en el último año laboral; que el 23 de febrero de 2015 presentó reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El **“HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE²** se opuso a todas las pretensiones, invocando los artículos 127 y 128 del CST, para fundamentar que los conceptos solicitados por la demandante no pueden ser tomados en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales, conforme lo acordado en la convención colectiva de trabajo que dispone que no constituyen factor salarial.

Presentó las excepciones denominadas de cobro de lo no debido, carencia de causa e inexistencia de la obligación predicada, prescripción, innominada o genérica y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia de 28 de junio de 2016 declaró probada la excepción de carencia de causa e inexistencia de la obligación predicada presentada por la demandada, absolviendo a dicha entidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de \$350.000.

² Fls. 97-105

Ahora bien, para resolver el problema jurídico, la juez de primera instancia previa análisis de los artículos 127 y 128 del CST, y artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, concluyó que las prestaciones que pretende la demandante no constituyen factor salarial con fundamento en que la convención colectiva de trabajo aportada en el proceso, la prima de antigüedad y prima de jubilación no constituyen salario para la liquidación de las prestaciones sociales. Razonó que a pesar de que constituyen salarios todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, se tiene que este beneficio no puede incluir las prestaciones extralegales, en el entendido que es la remuneración ordinaria. Respecto del Decreto 1042 de 1978 reitera que la convención colectiva establece que no es una contraprestación por el servicio, sino que es un beneficio extralegal acordado por las partes. Agrega que estas prestaciones no se causan por la prestación directa del servicio sino por condiciones accesorias como es la antigüedad y ser beneficiario de una pensión de jubilación, situaciones que no retribuyen el servicio.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación manifestando las siguientes inconformidades: 1) que la A quo no se pronunció sobre los factores legales que están dentro de la demanda tales como: primas de servicio proporcional que fueron canceladas de julio a septiembre de 2014, 01 de octubre de 2013 a 30 de septiembre de 2014, vacaciones proporcionales del 24 de noviembre de 2013 al 01 de noviembre de 2014, prima vacacional, bonificación recreacional proporcional, prima de navidad, valores estos que son factores legales que fueron cancelados posterior a la fecha de corte del 01 de octubre de 2014, refiriéndose la juez de primera instancia solo frente a los factores extralegales; 2) que los factores extralegales sí provienen de una prestación del servicio porque así sean accesorios se le conceden el uso y se pagan durante el último año. Considera que no es el empleador ni el sindicato quien determina qué es factor de salario y cuál no lo es, pues es el legislador directamente. Agrega que los trabajadores oficiales no se rigen por las normas del código sustantivo del trabajo pues existen normas especiales y en el caso concreto es el Decreto 1042 de 1978.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, presentándolos sólo el HOSPITAL

UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE”, ratificándose en los argumentos expuestos en su contestación de la demanda.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a verificar i) si le asiste razón al recurrente cuando dice que la a quo al emitir la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre los factores legales: primas de servicio proporcional, canceladas de julio a septiembre de 2014, 01 de octubre de 2013 a 30 de septiembre de 2014, vacaciones proporcionales del 24 de noviembre de 2013 al 01 de noviembre de 2014, prima vacacional, bonificación recreacional proporcional y prima de navidad ii) si la prima de antigüedad y el auxilio por jubilación devengados por la demandante son o no constitutivos como factor salarial para la liquidación de las cesantías; en consecuencia, **(ii)** si se debe reliquidar o no su auxilio de cesantías y; **(iii)** de ser procedente verificar si es posible condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo uno del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que son hechos que no son objeto de debate dentro del presente asunto por encontrarse aceptado por la demandada en la contestación de la demanda que: **1.** La demandante señora GLORIA PIAMBA LÓPEZ laboró para el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA” ESE en calidad de trabajadora oficial desde el 26 de diciembre de 1978 hasta el 01 de octubre de 2014, fecha en que empezó a disfrutar de la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES; **2.** La demandante en el mes de diciembre de 2014 recibió la suma de \$6.372.732 por concepto de prima de antigüedad conforme lo estipula el artículo 23 de la convención colectiva de trabajo. **3** Que para la liquidación de las prestaciones sociales no le fueron tenidos en cuenta a la actora los conceptos de prima de antigüedad ni la prima de jubilación.

Para abordar el primer problema jurídico, se tiene que el reparo señalado por el recurrente consiste en que la a quo no se pronunció sobre los factores legales: primas de servicio proporcional, canceladas de julio a septiembre de

2014, 01 de octubre de 2013 a 30 de septiembre de 2014, vacaciones proporcionales del 24 de noviembre de 2013 al 01 de noviembre de 2014, prima vacacional, bonificación recreacional proporcional y prima de navidad, valores que le fueron cancelados a la demandante posterior a 01 de octubre de 2014 y los cuales considera el apelante constituyen factor legal para ser tenidos en cuenta en la liquidación.

Ahora debe decir esta Sala que efectivamente la juez de primera instancia no se refirió a dichos conceptos en el análisis de si la prima de antigüedad y auxilio por jubilación constituyen factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, sin embargo esta Sala encuentra justificada dicha omisión, teniendo en cuenta que a la operadora jurídica le correspondía pronunciarse sobre los hechos y pretensiones formulados en la demanda y así lo hizo, pues examinado el libelo genitor y su subsanación no se observa que el actor haya indicado que los emolumentos sobre los cuales señala no hubo pronunciamiento hayan sido relacionados dentro de los que no le fueron incluidos en la liquidación de prestaciones sociales, específicamente en la liquidación de las cesantías, pues de forma clara señaló que le fueron desconocidos por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE” la prima de antigüedad y el auxilio de jubilación.

De igual forma no se denota en el expediente reforma de la demanda donde se haya hecho uso de tales pedimentos, por lo que no es el recurso de apelación el medio para subsanar la omisión del demandante en el suministro completo de información fáctica y pretensiones, máxime cuando sobre estas solicitudes no podía la juez realizar estudio ni siquiera por los principios ultra y extra petita, mismo que no fue invocado en la demanda, y lo cierto es que incluso solicitado, tampoco se hubiera podido hacer uso de él, porque analizada la demanda no tendría forma el juzgador de conocer que la demandada haya dejado de incluir tales conceptos precisamente porque al tratarse de una reliquidación es la parte quien busca su corrección la que debe expresar que se le dejó o no de tener en cuenta, ergo mal haría este juzgador de segunda instancia en abordar el estudio de unos pedimentos que no fueron solicitados en oportunidad, dado que dicha conducta vulneraría el debido proceso de la demandada al verse sorprendida por hechos y pretensiones que no fueron puestos en conocimiento, razones suficientes para concluir que esta inconformidad del recurrente no prospera y no logra modificar la sentencia de primera instancia.

Para resolver el segundo problema jurídico, se debe decir que le asiste razón al recurrente en el reparo que hace a que los trabajadores oficiales no se les aplica el régimen prestacional del CST, en el caso particular los artículos 127 y 128 de los cuales hizo uso la juez de primera instancia, por cuanto para los servidores públicos existen normas especiales que regulan su régimen prestacional.

En el caso bajo estudio, la demandada es el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE” cuya naturaleza jurídica viene dada por el Decreto 1807 de 07 de noviembre de 1995 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 195 de la ley 100 de 1993, como una entidad de categoría especial descentralizada del orden departamental, es decir el de una empresa social del estado.

Al respecto del artículo 195 de la ley 100 de 1993 este dispone en el numeral 5) que las personas vinculadas a las Empresas Sociales de Salud tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

En esta litis no existe discusión de la calidad de trabajadora oficial que tuvo la demandante respecto de esa entidad HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE”.

Es así que para el régimen prestacional de los trabajadores oficiales de la ESE demandada las normas que resultan aplicables son:

El **Decreto Ley 10 de 1990**, capítulo IV.

El **Decreto 3135 de 1968** por remisión del artículo 30 de la ley 10 de 1990 al señalar que las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en este, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. (Lo subrayado por esta Sala).

Por su parte el **Decreto 1919 de 2002** “*Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.*” En el artículo 2 dispuso:

“A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama

Ejecutiva del Orden nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.”

A su turno el artículo cuarto de la norma ibidem, dispone que:

“El régimen de prestaciones mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este Decreto será, igualmente, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.”

De acuerdo con lo anterior, los empleados del nivel territorial, tienen derecho a las prestaciones sociales propias de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, contenidas en los Decretos **1042 de 1978** y **1045 de 1978**.

El artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 al regular de *otros factores de salario* indica que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios y dispone que son factores de salario:

- a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b. Los gastos de representación.*
- c. La prima técnica.*
- d. El auxilio de transporte.*
- e. El auxilio de alimentación.*
- f. La prima de servicio.*
- g. La bonificación por servicios prestados.*
- h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.*

Por otra parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 reglamenta sobre los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones, prescribiendo lo siguiente:

“Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*

l) *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*

ll) *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968”.*

Ahora bien de cara a las normas en comento y conforme a lo solicitado y narrado por la demandante en sus hechos, los emolumentos que devengó denominados prima de antigüedad y auxilio de jubilación, no se encuentran relacionados dentro de los factores legales constitutivos como salario, toda vez que estos son de naturaleza extralegal como bien lo expuso la demandante desde su demanda y así fue reconocido por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE” al contestar la demanda, argumentando que esos estipendios no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, porque así quedo expresamente señalado por el mismo compendio convencional, ergo al no estar regulados dichos conceptos como constitutivos de salarios entre los contemplados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no le asiste derecho a la demandante a solicitar la reliquidación de cesantías con fundamento en dichas normas por cuanto éstas sólo se refieren a las prestaciones legales.

Ahora la prima de antigüedad tal como puede verificarse de la convención colectiva de trabajo aportada por la demandada en los folios 30 a 32 se encuentra regulada en el artículo 23 disponiéndose en el inciso final del párrafo del referido artículo los siguiente:

“Las partes acuerdan que este beneficio no constituye salario para efectos prestacionales, por cuanto los distintivos por el cual se sustituye, tampoco generaban efecto prestacional” o en especie.” (fl 31).

De otro lado, el auxilio de jubilación está reglamentado en el artículo 31 ibidem del cual también se estableció:

“Sindicato y Empleador acuerdan que el presente auxilio no constituirá salario, ni factor de el para efectos prestacionales por esa la voluntad, espíritu y decisión de las partes al pactar este beneficio de carácter extralegal.”

Analizadas las anteriores normas convencionales de desalarización suscritas por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE” y su sindicato, la Sala encuentra que se atemperan a los criterios legales propias de los trabajadores oficiales que desde la expedición del Decreto 3135 de 1968 se salvaguarda además del régimen prestacional previsto en éste, lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

En este orden de ideas, en las normas convencionales no se hace mención genérica a beneficios extralegales que puedan ser otorgados por el empleador, sino que se hace referencia expresa a “la prima de antigüedad”, y “auxilio por jubilación, es decir, frente al aspecto formal de las cláusulas de exclusión salarial, resultan válidas para quitarle la incidencia salarial a los pagos que recibió la señora GLORIA PIAMBA LÓPEZ por dichos conceptos.

Ahora frente al argumento que hace el recurrente cuando dice que los factores extralegales provienen de una prestación del servicio porque así sean accesorios se le conceden el uso y se pagan durante el último año, considerando que no es el empleador y el sindicato quien determina qué es factor de salario y cuál no lo es, siendo el legislador directamente. Esta Sala precisamente con fundamento en que es el legislador y no las partes quien determina qué es factor salarial, destaca que en el caso de los trabajadores oficiales no dispuso que lo fueran los de origen convencional que hoy exige la demandante. Por otro lado, los beneficios extralegales están sometidos a la voluntad, espíritu y decisión de las partes al pactar cada beneficio de carácter extralegal, frente a lo cual no le es dable a esta Sala entrometerse, pues acorde con lo asentado en la sentencia SL3820-2020 de la Corte Suprema de Justicia,

«... en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes tienen total libertad de comprometerse con lo que a bien estimen, desde luego, como lo ha sostenido la Sala, siempre que su objeto y causa sean lícitos, que no atente contra las buenas costumbres, que no se desconozcan derechos mínimos de los trabajadores o, en general, que no se produzca lesión a la Constitución o la ley».

Colofón de todo lo anterior, no encuentra la Sala argumentos de hecho o de derecho para otorgar a los conceptos que pretende la promotora de la acción tengan incidencia salarial, esto es, prima de antigüedad y auxilio por jubilación, como quiera que no fueron regulados como contraprestación directa de sus servicios por el legislador en los artículos 42 del Decreto 1042 de 1978 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. En igual sentido no existen razones atendibles para restar validez al pacto de desalarización suscrito entre el HOSPITAL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA ESE” y su sindicato, como quiera que nació de un acuerdo de voluntades en virtud del derecho de negociación colectiva regulado en el artículo 55 de la Constitución Nacional.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de

primera instancia será confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

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

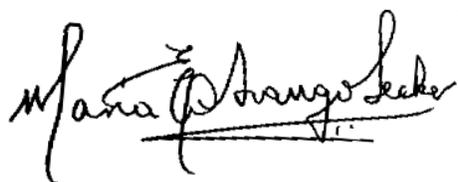
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 128 del 28 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

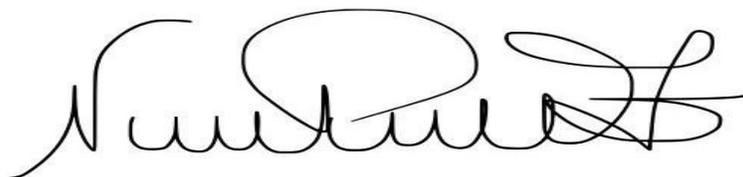
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA