

374



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105014201600429-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

SENTENCIA

TEMA: Contrato realidad – salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Catorce del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARLENE MARROQUIN** en contra de **LUZ MARINA TORRES Y OTROS**.

ANTECEDENTES

MARLENE MARROQUIN, promovió demanda ordinaria laboral contra LUZ MARINA MORENO TORRES, GERMÁN ESPITIA MORENO, JOEL SAVIR BENAVIDEZ RUGE representado legalmente por su señora madre, ERIKA NAYIVER RUGE PEDRAZA, VIACHESLAV SMIRNOV, RUBEN DARIO PINEDA TORRES, HERNEY ENRIQUE OBANDO ORTEGA, AMPARO TRUJILLO ORTIZ y SANDRA MILENA BERMUDEZ, para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal desde el 1º de junio de 1995 hasta el 7 de marzo de 2016; y como consecuencia, sean condenados a reconocer y pagar las cesantías, los intereses de las cesantías, las primas de servicios, las vacaciones, la indemnización moratoria por la no consignación al fondo de cesantías (Art.99 de la ley 50 de 1990), la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales (Art. 65 del C.S.T), la indemnización por despido sin justa causa (Art. 64 del C.S.T), el cálculo actuarial ante COLPENSIONES de lo que

adeuda por cotizaciones del período laborado, la indexación, lo que resulte extra y ultra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis manifestó que, celebró contrato verbal de trabajo con los propietarios de la copropiedad denominada EDIFICIO JOYERÍAS; que la señora MARTHA MIREYA RAMIREZ ACOSTA propietaria en ese entonces de la oficina 203 donde tenía un local comercial de venta de artículos de plata, la presentó como la nueva aseadora ante los demás propietarios de las oficinas 201,202, 204, 302, 303 y 304, al ser ella la persona encargada de impartir las órdenes para el aseo del área común de aquellas oficinas del edificio ubicadas en los pisos dos y tres; que dicho edificio no se encuentra registrado como propiedad horizontal y por tanto no cuenta con personería jurídica ni representante legal; que devengó un salario de \$96.000 semanales correspondiente al año 2016 por medio tiempo, en un horario laboral de lunes a viernes de 8am hasta las 12pm desempeñando labores de lavado de pisos, encerar, limpiar ventanas, paredes, vidrios, en general realizar el aseo y mantener impecables las áreas comunes de dichas oficinas, recolectaba el dinero correspondiente al pago de servicio del agua, realizaba pagos ante los bancos, repartía la correspondencia, recogía entre los copropietarios las sumas a cancelar por concepto de cambio de guardas y recibía órdenes de la copropietaria MARTHA RAMIREZ tendientes al aseo de las zonas comunes quien le suministraba los implementos necesarios para cumplir su función; que en el año 2012 el señor ANTONIO JOSÉ ZAPATA ECHEVERRY, propietario de la oficina 203 fue quien fungió como su jefe inmediato; que en el año 2013 fue la señora MÓNICA ANDREA DIAZ PINZON, propietaria de la oficina 203, la que se encargó temporalmente de suministrarle los insumos de aseo, ordenando las labores a ejecutar, entregando el dinero para adquirirlos o informándole a quien debía solicitarlos; que en 2012 los propietarios delegaron al señor DAVID CORREA de la oficina 201 para que llegara a un acuerdo en relación a los salarios y emolumentos laborales adeudados, y también se acordó en 2015 que el señor LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ quedaba encargado como su nuevo jefe inmediato; que el 7 de marzo de 2016 el señor GERMAN ESPITIA MORENO, propietario de la oficina 202, dio por terminado y sin justa causa su contrato laboral al cambiar las guardas del cuarto de escobas y del baño impidiéndole el ingreso a su sitio de trabajo, sin poder retirar elementos de su propiedad, por lo presentó denuncia, por hurto, ante la Fiscalía; que los demandados le adeudan por concepto de salarios desde el año 2012 el valor de \$3.240.000, además, no le cancelaron subsidio de transporte, no la afiliaron al sistema de seguridad social integral, ni le reconocieron cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por la no consignación de cesantías y moratoria; y, siempre se observó buena conducta, se desempeñó de manera idónea y eficaz manteniendo un buen nivel de trabajo sin llamado de atención. (Fls 61-66 vto, Sub 72-77 vto).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificados en legal forma los demandados dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con que el Edificio no se encuentra registrado como propiedad horizontal ante Alcaldía Local de la Candelaria por lo que no cuenta con personería jurídica y representante legal.

GERMAN ESPITIA MORENO: propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, cobro de lo no debido, demanda temeraria y mala fe de la demandante, prescripción y la genérica. (Fls 122-136 sub 333-352).

LUZ MARINA MORENO TORRES: propuso las excepciones que denominó como: inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, cobro de lo no debido, demanda temeraria y mala fe de la demandante, prescripción y la genérica. (Fls 137-151, sub 333-352)

RUBEN DARIO PINEDA TORRES: propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, cobro de lo no debido, demanda temeraria y mala fe de la demandante, prescripción y la genérica. (Fls 164-181, sub 333-352)

AMPARO TRUJILLO ORTIZ: propuso las excepciones que denominó como: inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, cobro de lo no debido, demanda temeraria y mala fe de la demandante, prescripción y la genérica (Fls 193-209, sub 333-352)

JOEL SAVIR BENAVIDEZ RUGE representado legalmente por su señora madre **ERIKA NAYIVER RUGE PEDRAZA:** propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica. (Fls 216-225, sub 316-332)

HERNEY ENRIQUE OBANDO ORTEGA: propuso las excepciones que denominó como: inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, cobro de lo no debido, demanda temeraria y mala fe de la demandante, prescripción y la genérica (Fls 228-238).

VIACHESLAV SMIRNOV: propuso las excepciones de inexistencia de vínculo o relación laboral dependiente, falta de legitimación por pasiva, prescripción de los eventuales derechos laborales, excepción de caducidad del subsidio familiar, temeridad o mala fe, inexistencia de sanción moratoria por dotación e inexistencia de perjuicios por la no entrega de dotación. (Fls 244- 251, sub 313-315)

SANDRA MILENA BERMUDEZ MORENO: propuso las excepciones que

denominó como: inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, cobro de lo no debido, demanda temeraria y mala fe de la demandante, prescripción y la genérica. (Fls 272-289, sub 333-352)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de diciembre de 2018, resolvió absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por MARLENE MARROQUIN, se relevó del análisis de las excepciones propuestas por el extremo pasivo, dado el carácter absolutorio de la litis, y condenó en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación en procura de que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones, no sólo por la indivisibilidad de las obligaciones de todos los demandados en el presente asunto, sino por la falta de análisis de las pruebas obrantes en el expediente, en particular: **1)** la certificación laboral con la que se demostró la prestación de los servicios en el área de aseo de la demandante en beneficio de todos los propietarios del edificio Joyeros; **2)** los testimonios del señor Ricardo Torres, quien explicó como aquella hacía el aseo de las áreas comunes junto con el pago; y de la señora Martha Mireya Ramírez, quien refirió que independientemente de que no se hubiese registrado la escritura pública de la copropiedad fue la que le presentó a cada uno de los copropietarios a la señora Marlene Marroquín como la nueva aseadora del edificio, por lo que todos los co-propietarios eran conocedores de dichos servicios; **3)** los interrogatorios de parte de la demandante, por ser coherente en sus respuestas y las contradicciones frente a las de los demandados, y del señor German Espitia, quien indicó que en 21 años ningún copropietario decidió terminar unilateralmente el contrato conscientes de que ella hacía el aseo en las zonas comunes; y, **4)** los demandados eran los encargados de desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, únicamente se pronunció la parte demandante insistiendo en el pago de las indemnizaciones solicitadas teniendo en cuenta que, conforme al orden cronológico de los hechos, no se ajustan las omisiones en el pago de las acreencias a las justificaciones planteadas por la pasiva, concluyendo que ha de condenársele por el pago de las mismas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa la siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a esta Sala establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo y, en consecuencia en el reclamo de acreencias laborales, con especial énfasis en la valoración probatoria realizada por la A quo. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del*

empleador». (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

Pues bien, en relación con la prestación personal de los servicios por parte de la actora como aseadora de las zonas comunes en el EDIFICIO JOYERÍAS de propiedad de los convocados a este proceso, se remite la Sala a la valoración de las pruebas obrantes al interior de la actuación surtida en primera instancia que se reputan en la apelación como mal apreciadas, comenzando con la prueba declarativa.

Al respecto, rindieron testimonio JULIO ERNESTO BAEZ, RICARDO TORRES GUTIERREZ, MARÍA EMILCE RODRÍGUEZ CHAVEZ, FLOR MARÍA MORENO DE BERMUDEZ, HERNÁN DÍAZ CALVACHE y ORLANDO ROMERO MOLANO, quienes frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que aduce la actora prestó sus servicios en el EDIFICIO JOYERÍAS, señalaron:

JULIO ERNESTO BAEZ, tenía una oficina en dicho edificio para los años 1994 - 2002, en el año 1995 la señora Martha Mireya Ramírez, administraba el edificio y fue quien llevó a la demandante para que hiciera el aseo, porque la persona que estaba era muy viejita, presentándosela como la aseadora de las zonas comunales, él llegaba al edificio a las 8:30 y ya estaba haciendo el aseo de las zonas comunales hasta las 12 o 1 de la tarde de lunes a viernes, los que estaban en las oficinas le pagaban \$3.000°, y cuando él se fue salió pagando \$8.000°, ello porque no había una administración, así que todos los viernes ella pasaba por las oficinas y cobraba, no obstante, quien le daba órdenes era la señora Martha, constándole que ella hacía el aseo de los 3 pisos y según lo que le comentó aquella, llevaba 20 años trabajando. Entre tanto, **RICARDO TORRES GUTIERREZ**, llegó al edificio en 1987 ya que tomó en arriendo la oficina 203 de propiedad de Doña Mireya, en donde permaneció hasta el año 2013, conoció a la actora en el año 1994 cuando Mireya la presentó oficina por oficina, aunque no sabe quién la contrató, sabe que Martha Mireya no era la administradora, pero sí que la actora hacía el aseo de lunes a viernes de 7 a 12:30 más o menos y él, como llegaba temprano, era quien le abría la puerta, Doña Martha era quien le daba órdenes para realizar su actividad, ellos le pagaban el aseo todos los viernes \$3.000°, hacia el aseo, recogía el dinero y pagaba los servicios, siendo José Antonio Zapata el que le suministraba los implementos de aseo, lo cual le consta porque doña Martha le dijo, además doña Martha le vendió a Mónica su oficina en 1997, reemplazándola ella en la función de darle órdenes, sin que viera a los propietarios haciendo el aseo solo a la señora Marlene, como siguió frecuentando las oficinas después del año 2013 sabe que el contrato de ella era verbal y que sí le daban dotación aunque no dio dinero para ello, precisando en todo caso que no otorgó ningún poder a Martha para que contratara a la señora Marlene. A su vez, **MARÍA EMILCE RODRÍGUEZ CHAVEZ**, no conoce a la señora Marlene ya que no iban constantemente

306

F11

con su esposo Rubén Darío Pineda, porque en el momento en que compraron la oficina, la arrendaron, siendo el inquilino quien siempre iba a cancelarles el canon al lugar donde trabajaban en la candelaria. Por su parte **FLOR MARIA MORENO DE BERMUDEZ**, en su condición de madre de la señora Sandra Milena Bermúdez Moreno, indicó no conocer a la señora Marlene, pues su hija compró la oficina en el año 2013 y nunca le comentó que pagara a una aseo, pero cuando iba al edificio una o dos veces al mes, veía a la demandante en la entrada. En el mismo sentido, **HERNÁN DÍAZ CALVACHE**: amigo y compañero de trabajo de HERNEY OBANDO ENRIQUE ORTEGA, manifestó que iba dos veces a la semana al Edificio y no vio a la señora Marlene haciendo aseo, ni le consta que allí se pagaba una aseo. Y **ORLANDO ROMERO MOLANO**, colabora al dueño de la oficina 204 -SMIRNOV ya que hace mantenimiento y a veces la arrienda pues desde mediados del 2015 la administra, razón por la que frecuenta el edificio y por ello sabe que no tiene administración y no pagan aseo, viendo a la demandante a veces en la entrada pero no sabía lo que hacía.

Ahora bien, tratándose de los interrogatorios de parte, la demandante, señora **MARLENE MARROQUÍN**, refirió que llegó al edificio en 1995 y tanto el señor GERMAN ESPITIA como la señora AMPARO TRUJILLO RUIZ ya se encontraban ahí, conoce a las señoras LUZ MARINA MORENO TORRES y SANDRA MILENA desde el 2012, al señor RUBEN DARIO PINEDA desde el año 2010 o 2011 quien a mediados de 2015 permanecía en la oficina, conoce a la señora MONICA PINZON ROMERO porque era propietaria de la oficina 302 y luego pasó a la 203, le pagaban todos los viernes por oficina, en el Edificio no existe administración, no estaba afiliada al sistema de seguridad social, los insumos se los entregaba al principio MARTHA MIREYA después MONICA y por último ALEJANDRO, SANDRA MILENA le dio indicaciones de cómo realizar el aseo, la señora AMPARO le pagaba tuviera o no arrendado y además le ayudaba a pagar el recibo del agua, no quedó constancia por escrito de la reunión que dice sostuvo con los propietarios, ni se habló sobre el contrato, estaba afiliada al SISBEN, nunca firmó documentos con ellos, los propietarios anualmente le subían mil pesos al pago, reclamó directamente el pago de sus prestaciones sociales a todos los propietarios menos al señor SMIRNOV, su horario era de 7:30 u 8:00 am a 12:00 o 12:30pm y en general apenas terminara, reclamó a MIREYA quien le dijo que ninguno la iba a afiliarse pero continuó trabajando porque tiene un hijo discapacitado sordomudo, el señor SMIRNOV no la contrató para hacerle aseo de manera privada a su oficina y no conoce al menor JOEL SAVIR como tampoco a su representante legal pues nunca platicaron sobre el aseo y el pago de sus prestaciones sociales,

LUZ MARINA MORENO TORRES, indicó que no conoce a la demandante de trato pero si de vista, que cuando compró la oficina, cuando iba a cobrar el arriendo la veía en la entrada del edificio con la señora MONICA, ya que era propietaria en ese momento de la oficina 203, esto es, en el

negocio que ellas manejan de joyería y artículos, oficina en la que permanecían MONICA y MARLENE juntas hasta las 4:00 pm., e incluso cerraban el negocio juntas, que nunca vio a la demandante haciendo el aseo de las áreas comunes sino sólo en la entrada donde tenían su negocio, que JORGE ALBERTO GARAVITO y BLANCA INES VANEGAS fueron las personas que le vendieron la oficina en el año 2012 y le mencionaron que no había administración, que la señora MONICA era quien se encargaba de los recibos del agua y de la luz porque ella quiso hacerlo pero no le encargó de la portería o el aseo, siendo Doña MONICA la que pasaba por las oficinas y recogía el dinero para el pago de los recibos y se ocupaba de la zona común del edificio puesto que cada propietario o arrendatario limpiaba su oficina y su frente, que vio hasta el año 2016 a la señora MONICA PINZON ya que luego se fue porque los otros propietarios decían que no podía usar las áreas comunes y como ella las utilizaba pagaba un adicional para arreglos locativos, con ella se fue la señora MARLENE y no las volvió a ver, que David Correa fue su inquilino por un año entre 2012-2013, y que LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ es uno de los propietarios, sin haber visto a ningún propietario haciendo aseo.

RUBEN DARIO PINEDA TORRES: comentó que tiene junto con su familia un negocio de joyería desde hace 25 años y por eso conoce a la señora MARROQUIN a quien mandaban hacer mandados, no le consta que ella hiciera aseo porque al mes de haber él comprado la oficina a la señora Cecilia Huelgas la arrendó, además nunca le dieron indicaciones sobre el aseo porque era un edificio pequeño en el que no había administración, desconociendo quién hacía el aseo de las áreas comunes ya que no frecuentaba el inmueble porque su inquilino le pagaba el arriendo en otro lugar, no enterándose de que aquél le pagará a la demandante por el aseo, conoce a la señora MONICA porque tenía ocupada el área común de manera ilegal con unas vitrinas aunque cree que era propietaria de la oficina 201 y conoce al señor ALEJANDRO solo de vista.

HERNEY OBANDO: dijo conocer a la señora Marlene pues compró la oficina en el año 2016 , y por eso no sabe que era la señora que hacía el aseo, ya que el ex propietario le dijo que no había administración, cada uno hacía el aseo, que se pagaban los recibos de cierta forma y que había una señora que hacía el aseo pero que ya no volvió, sin que él supiera que era la señora MARLENE pues nunca le dijeron el nombre de la empleada, siendo su secretaria la que se encargaba del aseo del pasillo.

ERIKA NAYIVER RUGE PEDRAZA, relató que cuando ella compró la oficina en el año 2015 el señor Jeison Galindo ya estaba ahí de inquilino, pero éste no le informó quien hacía el aseo en las áreas comunes, además conoce a la señora MONICA porque ella fue quien le vendió la oficina pero no le dijo nada de quién hacía el aseo y en todo caso no frecuentaba el edificio.

SANDRA MILENA BERMUDEZ, afirmó que le compró la oficina a la señora LUZ MARINA y ella le dijo que no se pagaba administración, y por eso sabe que nadie hacía aseo en las áreas comunes, que de vez en cuando iba al edificio y veía a la señora MARLENE en la entrada del mismo sólo haciendo aseo en el primer piso, que la señora MARTHA era quien recaudaba el servicio del agua y ella estaba en el primer piso, que conoce a la señora MARLENE de vista pero no de trato, no obstante tiene conocimiento que quien le daba órdenes a la actora era la señora MARTHA, sin que le conste si tenía horario, siendo ella misma la que hacía el aseo de su oficina.

AMPARO TRUJILLO, informó que en el año 2009 que le desembargaron su oficina volvió al edificio y conoció a la demandante porque estaba con la señora MONICA, iba al edificio a recoger los arriendos y salía, por eso no le consta quien hacía el aseo del edificio, y respecto al certificado laboral que suscribió, lo hizo porque la señora MARLENE le pidió el favor.

GERMAN ESPITIA, precisó que está en el edificio desde el año 2008 y hace como 2 o 3 años compró la oficina porque trabajaba con las señoras MONICA y MIREYA, por eso sabe en relación con el aseo de las áreas comunes que cada uno hacía el del frente de la oficina, que en el edificio no había administración y por esa razón cada uno se encargaba de su frente, siempre veía a la señora MARLENE en la entrada ya que antes de que MONICA tuviera el local lo tenía MIREYA, y respecto del documento que reposa a folio 56 refirió que correspondió al pago de la chapa de la puerta de la cual cada interesado aceptó aportar (fl 55).

Finalmente, el señor **VIACHESLAV SMIRNOV**, a través de su apoderado indicó ser propietario de una oficina desde el año 2015, la cual visita una vez al año sin que haya contratado a nadie para que le preste servicios de aseo.

Así las cosas, de las pruebas testimoniales es dable concluir que la demandante, si bien desarrolló actividades de aseo en el EDIFICIO JOYERIAS de propiedad de los demandados, contrario a lo sostenido por ella, no se trató de una labor que hubiera sido contratada por aquellos de manera directa o a través de un solo propietario, pues los testigos que la conocieron y supieron de sus servicios porque tuvieron oficina en el edificio fueron coincidentes en señalar que a ellos se las presentó la señora MARTHA MIREYA, sin que ninguno diera cuenta de la forma en la que ésta debía realizar su labor, en especial, quién le daba las órdenes, le concedía permisos, vigilaba o supervisaba su actividad y/o su horario, y principalmente, quien se encargaba de realizar el pago, al punto de referir que era cada oficina la que se encargaba de pagarle. Y los otros testigos, en su condición de familiares o amigos de los propietarios de algunas oficinas, pese a frecuentar el edificio, ni siquiera la conocen o no la vieron trabajando.

En cuanto a los interrogatorios de parte, en especial el de la demandante

que se dice en el recurso mal apreciado, basta precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 191 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS, es presupuesto de la confesión "*que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria*", de ahí que la valoración de la exposición de ésta se restringe a algunos aspectos ya que no le es posible beneficiarse de sus propias manifestaciones, sobre todo considerando que era quien soportaba la carga de la prueba frente a la efectiva prestación de sus servicios en beneficio de todos y cada uno de los demandados, lo que no hizo, al punto de que expresamente admitió que no los conocía a todos, que el edificio no tenía administración, que ella pasaba por las oficinas para obtener el pago de su labor los días viernes, que quienes le entregaron los insumos de aseo fue inicialmente la señora MARTHA MIREYA, después la señora MÓNICA y por último el señor ALEJANDRO (ninguno de ellos convocado a estas diligencias).

Y en relación con los interrogatorios de parte absueltos por los demandados, ninguno de ellos admitió que la libelista les hubiera prestado el servicio de aseo, y menos aún haber realizado pago por esa actividad, coincidiendo muy por el contrario en sostener que a quien le prestó sus servicios la misma fue a la señora MARTHA, viéndola en la entrada del edificio, aclarando que el pago que consta en el documento de folio 56.

Ahora bien, frente a las certificaciones obrantes a folios 3, 52, 53, 54 y 58, expedidas, en su orden, por AMPARO TRUJILLO ORTIZ, JULIO BAEZ NIÑO, RICARDO TORRES GUTIERREZ, EDILBERTO RUIZ y ALVARO ORTIZ, en vista que sólo la primera fue elaborada por una de las propietarias aquí demandadas, se precisa que si bien es cierto por regla general debe tenerse por cierto lo certificado por el empleador¹, una vez analizado el contenido de dicho documento de manera conjunta con el restante acervo probatorio antes detallado, bien puede concluirse que la dicha certificación no refleja la realidad de lo ocurrido en la prestación de los servicios de la señora MARLENE MARROQUIN, en la medida que al no representar los intereses de los demás copropietarios del inmueble, bien como administradora o en cualquier otra calidad debidamente acreditada en el informativo, mal podía comprometerlos expidiendo una certificación en la que afirmará la condición de empleada de servicios generales de aquella respecto de todo el edificio, pues tan sólo podía disponer y obligarse

¹ "(...) El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral..." (Sentencia del 23 de septiembre de 2009 radicado 36748. Ver también sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, reiterada en casación del 2 de agosto de 2004 radicación 22259).

sobre la oficina de su propiedad atendiendo el hecho de que dicho inmueble no está inscrito ni registrado como propiedad horizontal (fl. 51), y en todo caso, dicho certificado resulta insuficiente para la demostración de la existencia de una relación regida por un verdadero contrato de trabajo, ya que allí no se determinan los nombres de los propietarios y/o arrendatarios que se beneficiaron de su actividad, ejercieron el poder subordinante y, por supuesto, le realizaron el pago semanalmente; amén de que fue desconocido por la persona que lo elaboró cuando indicó que se trató de un favor.

De tal suerte, bien puede concluirse que los demandados lograron desvirtuar el contenido de la certificación laboral que le expidió la propietaria de la oficina 303 (fl. 3).

Recuérdese que la doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha precisado que no debe creerse que todo aquel que se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se configure una relación de trabajo, como lo serían la fecha de ingreso y retiro, salario, cargo, jornada etc, así lo determinó el Tribunal de cierre en decisión No. 36549 de agosto 5 de 2009 MP Luis Javier López Osorio, cuando señaló: *“Esta presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias. Le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementarios si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros...”*

En la misma orientación, dicha corporación ha puntualizado, de cara a la subordinación, que el mismo es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019) pues en efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, *«faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»*. Tanta es la relevancia de este elemento, que se puede entender como la causa misma del contrato de trabajo, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Por lo expresado, habrá de confirmarse la sentencia recurrida, lo que de contera imposibilita el estudio del reparo elevados por el apoderado de la parte actora relacionado con la indivisibilidad de la responsabilidad de los propietarios del Edificio Joyerías.

DE LAS COSTAS

Atendiendo las resultas del recurso de apelación estarán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

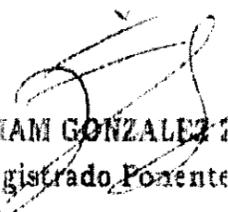
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2018, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por MARLENE MARROQUIN en contra de LUZ MARINA MORENO TORRES, GERMÁN ESPITIA MORENO, JOEL SAVIR BENAVIDEZ RUGE representado legalmente por su señora madre, ERIKA NAYIVER RUGE PEDRAZA, VIACHESLAV SMIRNOV, RUBEN DARIO PINEDA TORRES, HERNEY ENRIQUE OBANDO ORTEGA, AMPARO TRUJILLO ORTIZ y SANDRA MILENA BERMUDEZ, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

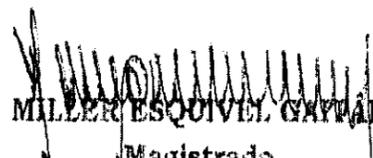
385

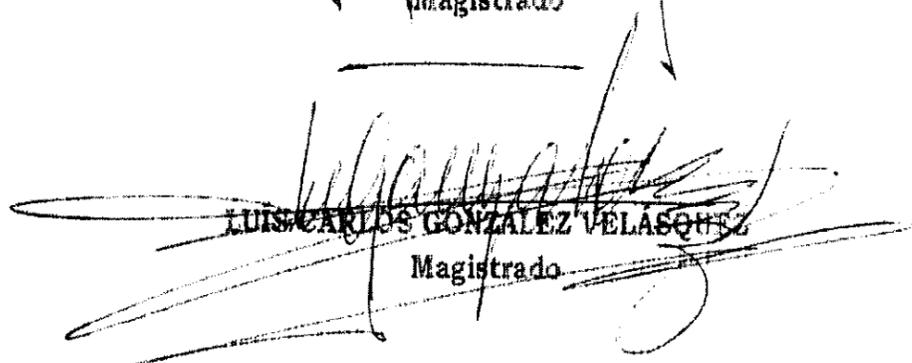
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$300.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ TULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAXTAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

PHILIPINE INSURANCE CO. INC.
MANILA

21 DEC -7 PH I.N.C.



000000





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105012201000601-01

En Bogotá D.C., hoy a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública para proferir sentencia, en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

SENTENCIA

ASUNTO: Indemnización de perjuicios – accidente de trabajo.

Procede la Sala a resolver tanto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la tercero ad excludendum en contra de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2013 por el Juzgado Quince Laboral de Descongestión de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUZ MARINA ESPAÑA MÉNDEZ, ALFONSO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, NORMA DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, BERLINIS MARÍA ATENCIA ESPAÑA, ARACELYS DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA y JAMILTON DE JESÚS ATENCIA ÁVILA**, quienes actúan, en su orden, en condición de madre y hermanos del causante FEDERICO DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, contra **ALMACENES ÉXITO S.A. Y CARULLA VIVERO S.A.** con la vinculación de **SILVIA FERNANDA LAMPREA CAVIEDES**, en su condición de Litis consorte necesario de la parte actora, quien actúa en

nombre propio en calidad de compañera permanente del causante y en el de su hija menor cuya paternidad le es atribuida al trabajador fallecido.

ANTECEDENTES

LUZ MARINA ESPAÑA MÉNDEZ, ALFONSO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, NORMA DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, BERLINIS MARÍA ATENCIA ESPAÑA, ARACELYS DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA y JAMILTON DE JESÚS ATENCIA ÁVILA, quienes, en su orden, actúan en condición de madre y hermanos del causante FEDERICO DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de **ALMACENES ÉXITO S.A. Y CARULLA VIVERO S.A.**, en procura de que se declare que entre el señor FEDERICO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA (q.e.p.d.) y la empresa CARULLA VIVERO S.A., se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el día 26 de mayo de 2003; que el 1° de noviembre de 2008 hubo cambio de empleador y/o sustitución patronal entre CARULLA VIVERO S.A. y la empresa ALMACENES ÉXITO S.A.; que el último cargo desempeñado por el trabajador fallecido fue el de Auxiliar de Ventas, adscrito al área de Perecederos de Fruver de la marca CARULLA, con un último salario promedio mensual de \$734.000; que el mismo sufrió un accidente de trabajo el día 8 de mayo de 2010, por culpa exclusiva de su empleador ya que las demandadas no dieron estricto cumplimiento a las normas de salud ocupacional para que éste realizara adecuada, segura y cuidadosamente las órdenes de su empleador; que el ascensor de carga del almacén CARULLA VIVERO S.A. de la Calle 63 con carrera 7ª de Bogotá D.C., presentaba fallas que no fueron corregidas, no adoptando las medidas necesarias de seguridad, para evitar el accidente de trabajo en desarrollo de la labor ejecutada; que hubo culpa plena del empleador ALMACENES ÉXITO S.A. y la solidaridad de la empresa CARULLA VIVERO S.A., en la ocurrencia del referido accidente, toda vez que éstas actuaron de manera negligente, imprevista y violatoria de las normas de Salud Ocupacional, Seguridad e Higiene Industrial; y como consecuencia, la señora LUZ MARINA ESPAÑA MÉNDEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de los daños por reparación plena y ordinaria de perjuicios materiales e inmateriales, lucro cesante consolidado y el lucro cesante futuro, de conformidad con el cálculo al igualmente que los demás demandantes en calidad de hermanos frente a los daños inmateriales, perjuicios causados por las alteraciones en las condiciones de la

existencia, vida de relación y el daño de la unión familiar; por lo que se debe condenar a los demandados a pagarle a la señora LUZ MARINA ESPAÑA 100 SMLMV, y a los demás demandantes, por daños morales, 50 SMLMV o lo máximo que la Corte Suprema de Justicia aplica, así como también, la prima de servicios, las vacaciones, las cesantías, los intereses de las cesantías con la correspondiente indexación e intereses moratorios en caso de la falta de pago dentro de los plazos autorizados correspondientes, durante el año 2010, lo que resulte *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, indicaron en síntesis que, FEDERICO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA (q.e.p.d.) suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa CARULLA VIVERO S.A. el 26 de mayo de 2003; que el 1° de noviembre de 2008 operó la figura de sustitución patronal siendo su nuevo y último empleador ALMACENES ÉXITO S.A., que al inicio de la relación laboral el empleador no realizó el examen médico de ingreso, que lo afilió al sistema de seguridad social integral en su totalidad; que desempeñó el cargo de Auxiliar de Ventas; que el salario promedio devengado durante el último año era de \$734.000; que el contrato de trabajo terminó el 8 de mayo de 2010, por la muerte del trabajador, la cual sucedió en cumplimiento de las funciones propias del cargo asignado; que junto con algunos trabajadores suscribieron con los demandados un Pacto Colectivo de Trabajo; que ninguno de los demandados liquidaron el contrato del trabajador ni cancelaron las sumas correspondientes al último año de servicio prestado por concepto de primas de servicio, vacaciones, cesantías e intereses sobre cesantías a sus familiares; que el trabajador fallecido llegó a trabajar el 8 de mayo de 2010 en perfectas condiciones físicas y psíquicas y se disponía a surtir el almacén asignado CARULLA VIVERO, ubicado en la calle 63 con carrera 7a de la ciudad de Bogotá D.C.; que para surtir el almacén se utiliza un ascensor que permite el desplazamiento del producto descargado en el sótano al primer piso; que la mayoría de empleados utiliza este ascensor exclusivamente para surtir el almacén; que dicho ascensor recorre tres (3) niveles: sótano, primer piso y tercer piso; que el ascensor siempre había presentado fallas; que en varias oportunidades los mismos trabajadores tenían que repararlo pues en expresión de ellos mismos: *"lo que sucede es que cuando el ascensor fallaba cualquiera de nosotros lo cacharreaba para poder transportar a mercancía"*; que la empresa ATEC Ascensores Ltda. contratada por el patrono para su mantenimiento, no reparaba el ascensor mencionado de forma absoluta; además los directivos del almacén eran conscientes de que los

trabajadores tenían que utilizar el ascensor y a la vez repararlo; que el día del accidente la cabina del ascensor se encontraba en el primer piso y presentaba fallas, porque la puerta del lado izquierdo se había salido del riel y por tanto no cerraba; que el occiso junto con su compañero Carlos José Sánchez Cruz, se dispusieron a solucionar el problema a las 10:40 a.m. del día del accidente y estando en el acto, la puerta vuelve al riel y el ascensor se desplomó al sótano, que el Carlos Sánchez baja al sótano, abre las puertas del ascensor y encuentra al señor FEDERICO DE JESUS ATENCIA (q.e.p.d.) tirado en el piso de la cabina del ascensor arrojando sangre; que la consecuencia inmediata del accidente fue la muerte del trabajador, quien fue atendido por una supuesta enfermera cliente del almacén; que el almacén no disponía de los elementos necesarios para la emergencia, toda vez que no existía un médico de planta ni vehículo disponible, que ayudara en primeros auxilios y evacuación de heridos a los centros médicos; que el trabajador fue trasladado en una ambulancia del Distrito Capital a la Clínica Marly quien ingresó a la central de urgencias sin signos vitales; que el diagnóstico del señor ATENCIA, según el Instituto de Medicina Legal, fue "*trauma de columna vertebral cervical de tipo contundente*" que le ocasionó la muerte; que falleció a la edad de 35 años y tenía una vida probable de 42.01 años; que los demandados no restituyeron sano y salvo al empleado (q.e.p.d) a la salida de su jornada laboral, cumplida el 08 de mayo de 2010; que se solicitó al Ministerio de la Protección Social y a la Fiscalía 23 Seccional de Bogotá, copia de la investigación administrativa por la muerte en accidente del trabajador; que como causas del accidente de trabajo se tiene que los demandados no solucionaron las alertas de peligro que generaba las fallas del ascensor para los trabajadores, propiciando con su actitud negligente condiciones inseguras de trabajo, así mismo, tenían conocimiento desde hacía más de 4 años de las fallas del ascensor y no realizaron demarcación ni señalización de zona insegura, como tampoco evaluación del proceso del programa de salud ocupacional, ni tuvieron en cuenta las recomendaciones realizadas por el COPASO frente al peligro que generaba el ascensor; que en el almacén donde ocurrió el accidente, se presentaban riesgos en el ambiente de trabajo que los accionados no previeron; que el occiso no fue capacitado por la empresa para hacer el arreglo del mencionado ascensor; que el empleador expuso por mucho tiempo a sus trabajadores en especial al trabajador fallecido al riesgo del accidente que finalmente terminó con su vida; que los demandados no dispusieron de los equipos adecuados y en buen funcionamiento para el trabajador en aras del desempeño sus funciones; y que los perjuicios causados con el accidente de trabajo

son: que la Señora LUZ MARINA ESPAÑA, ha venido sufriendo un daño moral por la muerte de su hijo; que se privó a su señora madre de la manutención que éste le proporcionaba pues ella dependía económicamente de él, no contando con ninguna pensión, sueldo o ingresos por cualquier otro concepto, no posee bienes raíces y tiene 62 años a la presentación de la demanda; siendo que los demás demandantes en su calidad de hermanos han sufrido daños morales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado en debida forma el auto admisorio, **ALMACENES ÉXITO S.A.** dio contestación con escrito de folios 179 a 197, en donde se opuso a todas las pretensiones de la demanda, aceptó los relacionados con la vinculación del trabajador fallecido, cargo, salario y la sustitución patronal, negando los demás o manifestando no contarle, precisando que entre las funciones del señor FEDERICO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA (q.e.p.d), no se encontraba la de reparar el ascensor, conducta ésta contraria a sus obligaciones aunque es una herramienta de trabajo, y no canceló los valores correspondientes a salarios y prestaciones sociales pues al momento de su fallecimiento se presentaron su madre y la compañera permanente que acreditó su condición de tal, así como estar en estado de embarazo y atribuye la paternidad del que está por nacer a la víctima; los demás no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, pago, culpa de la víctima, compensación de culpas, subrogación por el sistema de seguridad social, compensación, inexistencia de perjuicios materiales y ausencia de derecho sustantivo de las presuntas víctimas indirectas.

DEMANDA DE LA TERCERO AD EXCLUDENDUM

Mediante proveído de 22 de febrero de 2011 (folios 434 a 436), el Juzgado de origen dispuso integrar el contradictorio con la señora SILVIA FERNANDA LAMPREA CAVIEDES, quien compareció al proceso en calidad de compañera permanente y futura madre de la hija del trabajador fallecido, por lo que como tercero ad excludendum, solicitó la declaratoria de la responsabilidad de la empresa CARULLA VIVERO S.A. ahora ALMACENES ÉXITO S.A., por los daños extrapatrimoniales (morales - dados a la vida de relación) y patrimoniales a ellas ocasionados y, como consecuencia, se condene a los demandados al

pago de la indemnización de perjuicios a título de daños patrimoniales, daño emergente - lucro cesante por valor de \$220.200.000.00, la indexación, el pago de manera solidaria, de la indemnización de perjuicios por concepto de daños extra patrimoniales (daño moral y alteración a la vida de relación), las sumas descritas en el literal a y b del numeral 3 del acápite de pretensiones de la demanda.

Como fundamentos materiales de sus pretensiones, sucintamente señaló que, CARULLA VIVERO S.A. es una empresa colombiana que el 2 de septiembre de 2010 se disolvió sin liquidarse, fusionándose por absorción con la sociedad ALMACENES EXITO S.A., que respecto de sus trabajadores el nuevo empleador se hace solidariamente responsable; que el señor Federico de Jesús Atencia España, fue contratado el 26 de mayo de 2003 para desempeñar el cargo de auxiliar de punto de venta en la sucursal ubicada en la calle 63 No. 7 - 09 de la ciudad de Bogotá; que devengaba un salario mensual de \$734.000.00; que dicho contrato estuvo vigente hasta 8 de mayo de 2010 fecha en la cual sucedió el accidente cuando el trabajador falleció al interior de las instalaciones de su empleador mientras desempeñaba sus actividades laborales, como consecuencia del accidente sufrido en el ascensor de carga, que ella convivió de forma continua e ininterrumpida desde el día 25 de febrero de 2008 con aquél, compartiendo techo, mesa y lecho, procreando a la menor MARIANA ISABELLA LAMPREA CAVIEDES, siendo que para el momento del deceso ella se encontraba en estado de embarazo contando con catorce semanas de gestación del nacidurus.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE LA TERCERO AD EXCLUDENDUM

Notificada la demandada ALMACENES ÉXITO S.A., al pronunciarse respecto de lo pretendido por la tercero ad excludendum con escrito de folios 552 a 561 y 585 a 595 dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones, al considerar que no existió actuación culposa, imprudente, negligente, omisiva, violatoria de reglamentos o de cualquier otra naturaleza que la haga responsable civilmente por daños extrapatrimoniales por el accidente que ocasionó el deceso al señor FEDERICO DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, amen que destaca que tales daños no se causaron. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el vínculo laboral, negando los demás o manifestando no constarle. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación, pago, culpa de la víctima, compensación de culpas,

subrogación, compensación, inexistencia de perjuicios materiales, ausencia de derecho sustantivo de las presuntas víctimas indirectas para pretender indemnización de eventuales perjuicios morales.

SENTENCIA DE PRIMER INSTANCIA

El 31 de octubre de 2013 el Juzgado Quince Laboral de descongestión de Bogotá D.C, profirió sentencia en la que resolvió.

“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por LUZ MARINA ESPAÑA MENDEZ, NORMA DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, BERLINIS MARIA ATENCIA ESPAÑA, ARACELYS DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, ALFONSO DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, JAMILTON DE JESUS ATENCIA AVILA y de las formuladas por SILVIA FERNANDA LAMPREA CAVIEDES, en su nombre y en representación de su hija MARIA ISABELA LAMPREA CAVIEDES. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de los reclamantes LUZ MARINA ESPAÑA MENDEZ, NORMA DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, BERLINIS MARIA ATENCIA ESPAÑA, ARACELYS DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, ALFONSO DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, JAMILTON DE JESUS ATENCIA AVILA y SILVIA FERNANDA LAMPREA CAVIEDES. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$100.000.00, a cargo de cada uno y a favor de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSULTESE** con el **SUPERIOR (...)**”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora con escrito de folios 853 a 855, interpuso recurso de apelación con el fin de que sea revocada y en su lugar se acceda a las pretensiones, por cuanto se probó que la culpa del empleador en el accidente de trabajo, ya que la empresa a través de sus representantes no realizó gestión alguna para evitarlo, es así como los testigos LISBEDT CARRERO CARRERO y CARLOS JOSÉ SPACHEZ CRUZ fueron presenciales, mientras que los otros fueron de oídas, habiendo indicado que desde hacía cinco años el aparato ya fallaba y se llamaba

a los técnico pero lo arreglaban y continuaba fallando, debiendo haberse cambiado el ascensor. El daño era de conocimiento de los trabajadores y por la premura de surtir el negocio tenían que arreglarlo “cacharrearlo” aunque existían directrices de la empresa de reportar el daño. LISBET manifestó que todos los trabajadores lo arreglaban porque permanecía dañado, tanto así que el Ministerio del Trabajo sancionó a la demandada porque la zona donde ocurrió el accidente no tenía COPASO, no habiéndose tomado como un riesgo para proceder a cambiarlo, así mismo, cualquier derecho reconocido a las terceras ad excludendum debido ser repartido en partes iguales con los demandantes, sobre todo cuando la pareja del occiso sólo convivió con él aproximadamente cuatro meses por lo que al amparo de la ley 54 de 1990 y de la de seguridad social integral no se podía declarar la unión marital de hecho, pues en el primer evento se requiere una convivencia mínima de un (1) año mientras que en el segundo es de cinco (5) años, amén de que no se arrió registro civil de la hija póstuma del trabajador con el que se probara el parentesco.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el apoderado de la parte actora insistió en la prosperidad de su recurso precisando que la demandada debe responder por la indemnización del artículo 216 del CST el cual debe analizarse con fundamento en el artículo 1604 del C.Civil, esto es, por la culpa leve, ello al no haber elaborado panoramas de factores de riesgo para alertar los peligros en ese almacén, siendo los testimonios claros sobre lo sucedido el día del accidente, esto es, de las fallas que presentaba el ascensor; además, no se acreditó que la tercero ad excludendum fuera la compañera del trabajador y la hija de ésta procreada durante su relación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se proceden a resolver la alzada y el grado jurisdiccional de consulta previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo gira en torno a determinar si existió responsabilidad de ALMACENES ÉXITO S.A en el accidente de trabajo en el que perdió la vida su trabajador Federico de JESÚS ATENCIA o si se trató de omisión de las obligaciones de éste; y en caso de condena, quién (es) tiene (n) el derecho a reclamar la indemnización plena de perjuicios y las acreencias laborales debidas, si los demandantes, la tercero ad excludendum o todos por partes iguales, con especial énfasis en la calidad de la tercero ad excludendum, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS) y del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta última.

DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA CULPA PATRONAL

No fue objeto de controversia por ninguna de las partes la existencia del contrato de trabajo vigente entre el señor FEDERICO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA y ALMACENES ÉXITO S.A antes CARULLA VIVERO S.A, como tampoco que el incidente ocurrido el 8 de mayo de 2010 en el que éste perdió la vida se trató de un accidente de origen profesional de ahí que se muestre necesario acudir al ordenamiento que regula el asunto en aras de establecer los presupuestos que contempla para la causación de la indemnización solicitada.

Al respecto enseña el Artículo 216 del CST: *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo”*

En relación con la culpa patronal, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 30 de junio de 2005 Radicación 22.656, reiterada el 22 de abril de 2008 radicación 31076 y el 4 de agosto de 2009 radicado 34806:

“(...)que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo

exige la ley, amén, obviamente, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la ‘culpa suficientemente comprobada’ del empleador; a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales tarifadas previstas, hoy, en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las contenidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por el mero acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para su concurso se requiera de una determinada conducta del empleador...”

A su vez, en sentencia SL9355-2017 Radicación n.º 40457 del 21 de junio de 2017, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo precisó que:

“Tal y como lo ha explicado esta Sala, la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (art. 56 C.S.T.). De manera particular, tales obligaciones se encuentran consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, según las cuales los empleadores deben «Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».

“De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a «suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad» (art. 2 R. 2400/ 1979).

En esa misma línea el artículo 84 de la Ley 9 de 1979 estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un

programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

Ya en el marco del Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy Sistema General de Riesgos Laborales, se reiteró la obligación a los empleadores de «procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo» (art. 21 del D. 1295/1994). A partir de lo visto, adviértase cómo las disposiciones sustantivas laborales de salud ocupacional –hoy Seguridad y Salud en el Trabajo- y riesgos laborales, han sido unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en perspectiva a que «la salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son actividades de interés social y sanitario» (art. 81 L. 9/1979).»

Lineamientos legales y jurisprudenciales que de ninguna manera trasladan la responsabilidad del cuidado y prevención de las condiciones laborales y de su propia vida al trabajador, imponiéndole la carga de negarse a realizar la labor cuando advierta peligro y sobre esa base tener la virtualidad de exonerar a la empleadora de sus deberes. No. Y si bien es cierto se ha admitido la posibilidad de relevar de responsabilidad al empleador cuando el suceso ha ocurrido por culpa del trabajador, en tales casos es presupuesto que la misma sea **exclusiva** de éste, o en otras palabras, “*para que se configure la culpa de la víctima debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso*”¹.

Aclarado lo anterior, en el presente caso informa la parte actora que el trabajador, señor FEDERICO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, con el fin de adelantar su labor de “surtir producto”, tenía que hacer uso del ascensor de carga dispuesto para el transporte del mismo dentro del

¹ CSJ SC, sentencia 11001310300520060031501 (SC-9788), jul. 25/14, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

almacén CARULLA VIVERO S.A. de la Calle 63 con carrera 7ª de Bogotá D.C., no obstante, el día 8 de mayo de 2010, al intentar utilizarlo, presentó fallas, circunstancia que lo indujo a él y otros compañeros a intentar arreglarlo, como quiera que eso sucedía frecuentemente.

Pues bien, una vez revisado el material probatorio que milita en el informativo se observa con el certificado obrante a folio 19, que dentro de las principales responsabilidades asignadas para el cargo del trabajador como auxiliar de ventas por almacenes éxito, se encontraban las que a continuación se detallan: *".. el cargo tiene asignada la de asegurar la calidad y el surtido del producto fresco en el almacén asignado, la de asegurar la calidad y el surtido del producto fresco en el almacén asignado, para lo cual debe ejecutarse entre otras, actividades tales como: verificar vencimiento y calidad del producto; asegurar la limpieza de exhibidores, cuatro fríos y equipos; dar soporte al líder en información de existencia de productos disponibles en bodega, estantería y cuartos fríos; atender y asesorar al cliente; descargar la mercancía recibida dándole rotación, revisando inconsistencias y ubicar el producto en el sitio correspondiente."*

Así las cosas, en aras de establecer si el accidente de trabajo fue consecuencia de la ejecución de una de las funciones propias o inherentes del cargo del actor, como lo aduce la censura, o se trató de un actividad ajena a las mismas, como lo sostiene la pasiva, se remite la Sala al estudio del material probatorio obrante en el expediente, en especial al que se reputa mal valorado por el A quo.

Al respecto, habida cuenta que la censura reprocha la valoración dada en primera instancia a los testimonios de LISBETD CARRERO CARRERO y CARLOS JOSÉ SANCHEZ CRÚZ, así como la sanción impuesta por el Ministerio de Trabajo a la empleadora, sea lo primero señalar en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se verificó el accidente de trabajo, que la señora **LISBETD CARRERO CARRERO**, de acuerdo a su declaración de folios 672 a 675, indicó que fue compañera de trabajo del causante en Carulla y por eso sabe que él era auxiliar de Fruver, y como tal, debía almacenar y surtir mercancía, sacar flejes, hacer inventarios, montar pedidos, recordando el día del accidente que estaba dentro de la bodega sacando mercancía cuando vio al señor FEDERICO dentro del ascensor acomodando un carro que no salía porque había una puerta cerrada, ella se volteó y cuando volvió a girar el ascensor ya estaba cayendo con él adentro, así mismo que cuando el ascensor presentaba fallas normalmente los

empleados del ALMACEN CARULLA informaban a los jefes, al jefe inmediato, aceptando que a veces los empleados, dentro de los cuales se incluyó, manipulaban la palanca para que el ascensor cerrara, porque no llegaban las personas de mantenimiento, manifestando expresamente que dentro de las funciones del señor FEDERICO no se encontraba la de arreglar el ascensor, el cual solamente era para transporte de mercancía y no estaba autorizado para personas.

Por su parte, el señor **CARLOS JOSÉ SANCHEZ CRÚZ** en la declaración de folios 675 a 678, manifestó que era compañero de trabajo de FEDERICO y por eso sabe que era auxiliar de frutas y verduras y su función era la de surtir frutas y verduras, en cuanto al día del accidente refirió: *“ Eso fue lo que yo declaré en la fiscalía, eso fue un sábado siete u ocho de mayo creo que fue 11 y 12, yo estaba en el almacén y un muchacho me llamó y me dijo que el ascensor estaba molestando que si les podía ayudar y entré al almacén y yo empecé a mover la puerta del ascensor y en ese momento él bajó, y al lado del ascensor había una escalera, el pasó y dijo démosle con algo y yo le dije pues no sé, ese día estábamos afanados porque había mucha venta y necesitábamos el ascensor para la carga, él fue hasta la bodega y trajo un martillo y comenzó a darle a la puerta y yo también, no sé cuantos minutos pasó en ese momento yo me metí al ascensor y él me dijo no salgase y colocó un pie en el ascensor y el otro como en el piso, no sé cuantos segundos paso le pegó a la puerta y el ascensor se descolgó, y él cayó al sótano.”*, no encontrándose dentro de las funciones del causante las de arreglar el ascensor, siendo que el mismo estaba autorizado para movilizar únicamente mercancía y no personas.

Y los otros testimonios rendidos por DIANA MARITZA SUAREZ PINO (FLS 708-711), RONALD CASTRO GARCÍA (FLS 712-714) y MARTHA LUCIA PEDRAZA (FLS 720- 726), compañeros del trabajador, fueron contestes al señalar que el malacate era utilizado para el transporte de mercancía y no de personal, indicando este último que la ARL en su momento ARP dictó una capacitación para el uso de malacate a la cual asistieron el señor FEDERICO y el señor Carlos, siendo que las averías del mismo eran esporádicas, sin que fuera una zona insegura teniendo la demarcación y señalización correspondiente, y respecto al accidente, aunque no lo presencié, sí tuvo conocimiento directo de las circunstancias que lo rodearon ya que se encontraba a un nivel de diferencia y escuchó los sonidos del martillo, además acudió de manera inmediata una vez se cayó el ascensor, hizo las llamadas a emergencias y acompañó al trabajador al Hospital junto con un familiar de éste, es

así como expuso: *“el señor Federico y Carlos se encontraban transportando mercancía por el malacate, in su momento el malacate se trabó yo me encontraba en el segundo piso cuando escuché unos golpes con el martillo les grite qué era lo que estaban golpeando y baje a verificar que era, y bajando las escaleras escuché un estruendo durísimo, la gente gritaba, que Federico se había muerto. Carlos me dijo que Federico estaba en el sótano, y que el malacate se había caído y que la puerta se había trabado y ellos lo habían golpeado con un martillo. me dirigía al sótano y Federico estaba en toda la orilla del malacate inconsciente, empecé a solicitar ayuda para sacarlo del malacate lo ubicamos en el piso y llame al 123 y a sala de crisis, en cuestión de segundos llegó los bomberos y se encargaron de la atención de Federico, lo trasladaron a la clínica Marlin, 10 o 15 minutos, yo me fui detrás de la ambulancia en un taxi, con un familiar de Federico que llegó en su momento, llegamos a la clínica salió de la sala de emergencias un bombero, yo le pregunté cómo estaba mi compañero, él me dijo que no sabía que pasar a la sala de reanimación y el médico allá me informaba, ingrese con el familiar de Federico y a los 5 minutos salió un médico informándome que lamentablemente Federico había fallecido debido a un trauma craneoencefálico severo.”* (SIC), informando igualmente que el malacate tenía señalización y unas instrucciones donde indicaban el manejo y lo que se debía hacer en caso de que presentara fallas.

Entre tanto, CLAUDIA MARÍA CELIS ALVAREZ (fls 722 a 729), Jefe de Recursos Humanos de Almacenes Éxito, fue clara en señalar que no presenció el accidente teniendo conocimiento de lo sucedido por lo informado por los compañeros que sí estuvieron presentes, quienes le comentaron que y estaban trabajando en el almacén cuando un compañero se le trabó el malacate donde se transportaba la mercancía asistiendo otros compañeros a tratar de arreglarlo o destrabarlo, uno de ellos patió el malacate y Federico les informó que podía ayudarlos, tomó una herramienta cercana y trató de destrabar el ascensor dándole golpes y tratando de abrir la puerta forzándola, hizo una mala práctica que es introducir el pie y siguió golpeándolo con medio cuerpo, al destrabar el malacate se soltó y cayó en caída libre hacia el sótano éste lo halo y Federico cayó dentro del malacate. En cuanto al ascensor, relató que dos semanas antes del accidente había tenido mantenimiento preventivo y que los trabajadores habían sido capacitados sobre su uso, desconociendo que el mismo se trabara frecuentemente

Ahora, milita de folios 32 a 324 oficio realizado por la ARP SURA de fecha julio del 2009, dirigido a los *“Auxiliares operativos y Vendedores*

*surtidor Manejo del Malacate", en el que además de establecer los riesgos mecánicos y ergonómicos, fija las normas de seguridad para el manejo del malacate, señalando explícitamente como riesgos mecánicos: "atrapado entre las puertas del malacate, golpeado por las puertas del malacate y/o mercancía que se transporta dentro de éste, caída a diferente nivel al abrir la puerta para el ingreso al malacate sin estar la cabina, o la muerte debido a la caída libre de la cabina", y como normas de uso, entre otras, se destacan que "-Por ningún motivo introduzca la cabeza o el cuerpo para mirar o pedir el malacate, -El uso del malacate es únicamente para el transporte de mercancía, -Respete la señalización y bloqueo del equipo, **por ningún motivo deberá ser desbloqueado, solo por persona autorizada, y, -Reporte inmediatamente a su Jefe inmediato cualquier daño o incidente que ocurra con el malacate".** (Resaltado propio de la Sala)*

De otro lado, de folios 307 a 318, se hallan controles y mantenimientos de la empresa encargada del cuidado del ascensor, de los cuales se puede destacar que al malacate se le realizaban controles constantemente, al punto que de ello da cuenta el informe presentado por la empresa ATEC encargada del mantenimiento, en la que en lo pertinente a lo ocurrido el 8 de mayo de 2010, concluyó: "... Por razones que desconocemos, la zapa de la puerta de cabina izquierda, se salió del carril del pirlán por donde obligadamente debe desplazarse y la persona que cerró la puerta en el tercer nivel no se percató del suceso, arrancando el ascensor hacia abajo **CON TODAS LAS PUERTAS BIEN CERRADAS, EL MICRO SWITCH DE SEGURIDAD SUPERIOR OPERADO, PERO LA JOJA POR FUERA DEL PARAMETRO DE LA CABINA**, es decir, es como si hubiésemos corrido la cabina hacia el hall cinco centímetros. Si esto último hubiera sucedido, la cabina completa se estrellaría contra el piso en el segundo nivel, pero como solo la puerta de cabina venía por fuera, fue el elemento que en el nivel dos se estrelló contra el piso siguió bajando (aunque a menor velocidad por la pérdida de peso) ya que no se interrumpió ninguna seguridad. El quedarse la cabina bloqueada, quieta, en el segundo nivel y seguir bajando el pistón, se produjo un aflojamiento de los cables, produciendo un seno la cabina a 3.35 centímetros de distancia del punto de agarre del chasis. Cuando el operario abrió la puerta del segundo nivel, probablemente, encontró la cabina un poco desviada hacia arriba por el acuñaamiento de la puerta salida contra el piso de cemento que en ese momento era el único punto de apoyo de la cabina sobre el vacío, pues ya en ese momento los cables habían formado un seno bajo el chasis por el aflojamiento. **Erróneamente la persona dedujo que destrabando la puerta se arreglaría el problema y la**

golpeó muy fuerte, pues todo el peso de sistema estaba descansando sobre la pestaña de cemento y el acuñamiento vertical de la puerta. Al perder el punto de apoyo la cabina cuando destrabó la puerta producto de los golpes sucesivos, esta fue en caída libre hacia el primer nivel, encontrándose por el camino, a 2.225 Mts. aproximadamente de su recorrido, el seno de los cuatro cables de tradición de 3/8, los cuales, por la fuerza del impacto de la masa de 500 kilos en caída libre, cizallo de un solo golpe. Con este informe no se pretende vincular a nadie, pero el procedimiento adecuado y recomendado es dar aviso inmediato a la compañía de ascensores sobre cualquier falla de los mismos..." (Resaltado propio de la Sala).

Últimamente, con el informe pericial de necropsia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que consta de folios 80 a 85, se tiene por acreditado que la causa del fallecimiento se debió a *"trauma columna vertebral cervical de tipo contundente..."*

Pruebas, entre otras, que en su conjunto, contrario a lo manifestado por la censura, permiten afirmar que el accidente de trabajo en el que el señor FEDERICO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA perdió la vida el 8 de mayo de 2010, obedeció a un actuar propio de su voluntad, el cual no sólo no estuvo precedido de una orden directa o indirecta del empleador o de la realización de una función propia de su cargo, sino que fue consecuencia de una conducta imprudente en la que además hubo impericia al manipular conscientemente el ascensor que sabía no estaba en correcto funcionamiento, desacatando la prohibición que en tal sentido conocían los trabajadores de intentar desbloquearlo y, en su lugar, proceder a reportar dicha falla a sus jefes inmediatos; es así como sin ser una actividad propia de su cargo, pretendió arreglar el malacate que presentaba una avería, golpeándolo con un martillo, lo que ocasionó el desprendimiento de éste, situación que así vista de ningún modo compromete la responsabilidad del empleador al ser diáfanas las ordenes impartidas a todos los trabajadores de abstenerse de manipular el ascensor cuando se advirtiera que presentaba daños o averías, debiendo limitarse a su reporte.

En efecto, todos los testimonios, incluidos los que se reputaron como indebidamente apreciados, brindan certeza que fue el señor FEDERICO quien por voluntad propia quiso ayudar a reparar el malacate, pese a que era de conocimiento de todos ellos que las directrices impartidas por el empleador eran contrarias a esa conducta, la que no se convalida

por el hecho de que algunos trabajadores sin consentimiento alguno realizaran dicha práctica.

No se trata entonces de exonerar al empleador de sus obligaciones de cuidado y entrega a sus empleados de los elementos necesarios y en buen estado para el desarrollo de la labor contratada -como parece entenderlo la parte recurrente por no haberse considerado la sanción impuesta por parte del Ministerio de Trabajo a la convocada a juicio, como prueba de la culpa en el accidente de marras-, pero sí de dejar en claro que la conducta desplegada por el señor FEDERICO al intentar poner en funcionamiento el malacate, desacatando el procedimiento establecido por el propio empleador para esos eventos, se constituye como culpa exclusiva de su parte en el infortunio que le sucedió, por la potísima razón que no se puede analizar de manera aislada o descontextualizada la causa del accidente sino que debe serlo en todo el escenario, de ahí que si bien el ascensor era una de las herramientas de su trabajo, si éste presentaba desperfecto o mal funcionamiento, se encontraba plenamente justificada la imposibilidad de desarrollar su labor no sólo porque le estaba prohibido cualquier intento de arreglo sino porque era evidente el peligro que tal proceder representaba para los usuarios del mismo, de ahí que bien podía rehusarse a utilizarlo aun cuando ello le representara afectación de las funciones propias de su cargo, amén de que el accidente tampoco fue consecuencia de omisión en la que hubiese incurrido la empleadora sobre capacitaciones, procedimientos, entrega de elementos de protección, etc., se insiste, por no ser una actividad del cargo contratado.

Bajo tal entendido, como quiera que la demandada logró demostrar en juicio que el accidente de trabajo en el que perdió la vida el señor ATENCIA ESPAÑA, obedeció a culpa exclusiva de éste, no hay lugar a variar la decisión absolutoria de primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia frente a este aspecto, tanto en relación con los demandantes como con la tercero ad excludendum, al pender tales pretensiones la declaratoria de la culpa del empleador (Art 216 del CST)

DE LAS ACREENCIAS LABORALES - PRUEBA DE MEJOR DERECHO DE LA TERCERO AD EXCLUDENDUM

Se duele la parte actora del reconocimiento como compañera permanente que realizó el A quo respecto de la señora SILVIA FERNANDA LAMPREA CAVIEDES y le permitió beneficiarse tanto a ella

como a su menor hija MARIANA ISABELLA LAMPREA CAVIEDES, cuya paternidad le atribuyó al trabajador fallecido, del pago de la liquidación final de prestaciones sociales.

Sobre el particular basta señalar que si bien es cierto, por regla general, la condición de parentesco se acreditaría con el registro civil, en el caso que nos ocupa de matrimonio para el caso el de la señora SILVIA o el de nacimiento para el caso de quien reputa como hija del señor FEDERICO, lo cierto es que dado que se está ante un proceso laboral donde lo que se reclama es el pago de la liquidación final de prestaciones sociales ante el fallecimiento del trabajador, corresponde al funcionario judicial determinar cuál de los solicitantes demostró acreditar en el curso de la actuación mejor derecho -lo que de ningún modo comporta la declaratoria de un estado civil en particular, pues de ello se ocupa la autoridad administrativa o judicial competente-, de ahí que para los anotados propósitos, no se encuentre sujeto a una tarifa legal de la prueba, sino que su deber es apreciar los elementos que le brinden mayor convicción.

En tal orden de ideas, advierte la Sala que el A quo catalogó a la señora SILVIA FERNANDA LAMPREA CAVIEDES como compañera permanente del señor FEDERICO DE JESUS ATENCIA ESPAÑA porque de su convivencia como pareja dieron cuenta los testigos LISBEDT CARRERO CARRERO, DIANA MARITZA SUAREZ PINO Y RONALD CASTRO GARCIA, así como que la pareja tuvo una hija de nombre MARIA ISABELLA (fls 672-675, 708-711 y 712-714)

En efecto, los mismos fueron contestes en manifestar que la pareja inició una relación y la señora SILVIA quedó en embarazo, no obstante, con el fin de determinar si en realidad la tercero ad excludendum acreditó su condición de compañera permanente, lo procedente es, como bien lo aduce la parte actora, acudir al ordenamiento que regula el asunto, cual es la Ley 54 de 1990, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPTSS; ello si se tiene en cuenta que el término de cinco (5) años de convivencia contemplado en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, se encuentra establecido para el otorgamiento de la pensión, no siendo aplicable cuando estamos frente a conceptos distintos como acontece en el presente asunto.

En este punto conviene precisar que si bien dicho artículo no desconoce el vínculo existente entre la pareja en el evento de que el lapso de convivencia es inferior al allí previsto, sí determina como beneficiarios

del derecho pensional solamente a quienes hayan demostrado convivencia por ese interregno.

Así las cosas, habida cuenta que la señora LISBEDT relató que la pareja inició a vivir a partir del último año en febrero, ese mes de febrero no debe entenderse como del año 2010, como lo interpretó la censura, sino como del año 2008 pues cualquier confusión que pudo presentarse frente a dicha anualidad quedó saneada con la suscripción que la misma testigo realizó el 11 de mayo de 2010, ante la Notaria 9 del Circulo de Bogotá, al interior de la declaración rendida por la señora SILVIA (fl 535), tiempo que así visto resulta coincidente con el señalado por el señor RONALD cuando fijó dicha convivencia desde dos años o año y medio atrás; por lo que no cabe la menor duda que dentro de este proceso se acreditó con pruebas idóneas, que no fueron tachadas ni refutadas de falso, la condición de beneficiaria de la tercero ad excludendum en nombre propio y en el de su menor hija, permitiéndole de esa manera excluir del reclamó de la liquidación final de prestaciones sociales de su fallecido compañero a los aquí demandantes, ello en los precisos términos de los artículos 212 del CST y 1045 del C.C, pues también se observó prueba del proceso de filiación natural y petición de herencia promovido por SILVIA FERNANDA LAMPREA ante el Juzgado Segundo de Familia de Ibagué, dentro del cual consta dictamen- estudio genético de filiación en el que se concluyó: *“un hijo biológico de LUZ MARINA ESPAÑA MÉNDEZ y hermano biológico de NORMA DE JESÚS, ARACELIS DE JESÚS y ALFONSO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, no se excluye como el padre biológico de MARIANA ISABELLA. **La probabilidad de paternidad es: 99, 999%. Es 128.366,9267 veces más probable que sea el padre biológico a que no lo sea.**”* (fls 700-705), lo que permite afirmar que para la fecha de la sentencia de primera instancia aun cuando no se allegara un registro civil de nacimiento que probara la condición de padre del trabajador fallecido frente a la hija de la tercero ad excludendum, militaba documental válida que brinda credibilidad sobre ese 99.999% de posibilidad, lo cual permitía decidir el asunto, se reitera, para efectos de resolver esta controversia.

En suma, el análisis probatorio permite afirmar que no hay mérito para revocar la sentencia de primera instancia

COSTAS

En la instancia a cargo de los demandantes, atendiendo el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de octubre de 2013 por el Juzgado 15 Laboral de Descongestión de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUZ MARINA ESPAÑA MÉNDEZ, ALFONSO DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, NORMA DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA, BERLINIS MARÍA ATENCIA ESPAÑA, ARACELYS DE JESÚS ATENCIA ESPAÑA y JAMILTON DE JESÚS ATENCIA ÁVILA**, quienes actúan, en su orden, en condición de madre y hermanos del causante FEDERICO DE JESUS ATENCIA ESPAÑA, contra **ALMACENES ÉXITO S.A. Y CARULLA VIVERO S.A.** con la vinculación de **SILVIA FERNANDA LAMPREA CAVIEDES**, en su condición de Litis consorte necesario de la parte actora, quien actúa en nombre propio en calidad de compañera permanente del causante y en el de su hija menor cuya paternidad le es atribuida al trabajador fallecido; conforme las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

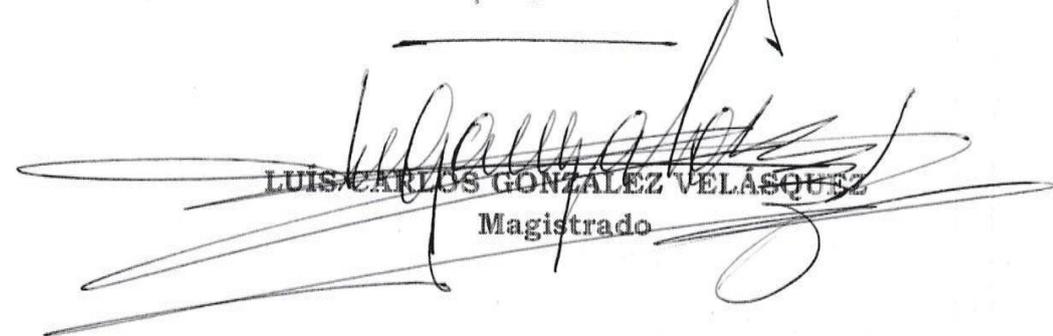
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035201700675-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

SENTENCIA

TEMA: Contrato realidad – nivelación salarial, interrupción de los contratos, primas de antigüedad y de servicios, auxilios de alimentación y transporte, prescripción de la indemnización moratoria y posibilidad de condenar simultáneamente a la sanción moratoria e indexación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ROBERTO RODRIGUEZ** en contra de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD Y CENTRO ORIENTE E.S.E**

ANTECEDENTES

ROBERTO RODRIGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral contra la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD Y CENTRO ORIENTE E.S.E, para que previa declaratoria de la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 1° de enero de 2004 hasta la fecha, en donde se desempeñó como trabajador oficial del HOSPITAL SAN BLAS en el cargo de auxiliar de mantenimiento, sea condenada al pago todos los factores salariales asignados a los auxiliares de mantenimiento de la planta de la entidad, las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de antigüedad, vacaciones, navidad y de servicios, la

compensación en dinero de las vacaciones, los auxilios de transporte y de alimentación, las bonificaciones de servicios prestados, todo lo anterior causado desde el 1/1/2004 liquidado con la asignación legal al cargo de auxiliar de mantenimiento, la sanción moratoria por el retraso en el pago de las acreencias laborales y por el retraso de la consignación en el correspondiente fondo, los salarios dejados de percibir a partir del día (90) siguiente a su desvinculación, el pago al fondo de pensiones, a la administradora de riesgos laborales y a la caja de compensación de las cotizaciones impagas desde el 1/1/2004 tomando como ingreso base de cotización el salario devengado por un trabajador de planta en el mismo cargo que ejercía, la indexación de las sumas anteriores, en caso de retraso en dar cumplimiento a la sentencia se ordene al pago de los intereses de mora, lo que resulte ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ha laborado para el HOSPITAL SAN BLAS hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., desde el 1° de enero de 2004, con vinculación a través de contratos de prestación de servicios, desempeñando el cargo de auxiliar de mantenimiento, recibiendo órdenes exclusivas de la SUBRED, su última asignación salarial fue la suma de \$1.500.000, consignada mensualmente, cumplió un horario de trabajo de 7am a 5pm de lunes a viernes siempre en funciones destinadas al área de mantenimiento de la planta física de la entidad, se afilió como independiente, recibía anticipos económicos por los contratos celebrados, se le expidió carné de trabajo, no le fueron reconocidas ni pagadas las prestaciones sociales, tampoco le otorgaron ni le compensaron en dinero las vacaciones, se suscribieron durante los años laborados de manera sucesiva los contratos de prestación de servicios, sus prórrogas y adiciones, no puede delegar las funciones a él asignadas a una persona de su elección y para ausentarse debe pedir autorización de su jefe inmediato, utilizó las herramientas y equipos de trabajo entregados para desarrollar su actividad, tiene compañeros de trabajo que ostentan el mismo cargo cumpliendo las mismas funciones pero están vinculados directamente recibiendo salarios más altos y disfrutaban de todas las prestaciones legales y extralegales, y reclamó el pago de acreencias laborales. (Fls 4-27)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación con escrito de folios 43 a 55 y subsanación de folios 249-253, en donde se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con su vinculación a través de contratos de prestación de servicios suscribiendo prórrogas y adiciones, el cargo que desempeñó, la forma de pago de su salario, el no pago de las prestaciones sociales y vacaciones, la solicitud elevada, el acuerdo 641 de 2016 donde se creó y fusionó la SUBRED y que esta última subrogó de sus obligaciones al HOSPITAL SAN BLAS, negando

los demás o manifestando no constarle. Propuso las excepciones que denominó como cobro de lo no debido, mala fe, falta de jurisdicción y competencia, prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 1º de agosto de 2019, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E a PAGAR a favor de ROBERTO RODRÍGUEZ, los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

1. Por Cesantías la suma de: \$2.314.844.
2. Por Vacaciones la suma de: \$1.935.667
3. Por primas de navidad la suma de: \$1.823.872
4. Por indemnización moratoria la suma de: \$56.666 diarios a partir del 31 de marzo de 2016 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de sus acreencias.

SEGUNDO: ABSOLVER al SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E de las demás pretensiones incoadas en su contra por ROBERTO RODRÍGUEZ, de conformidad con la parte motiva de la Providencia.

TERCERO: CONDÉNESE en costas a la demandada, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000 que se ordena incluir en la respectiva liquidación de costas.

(...)”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de ambas partes interpusieron recursos de apelación así:

De la parte demandante: por las siguientes razones: **1)** para que se modifiquen las condenas impuestas y en su lugar se calculen las prestaciones sociales con fundamento en los salarios devengados por el personal de similar cargo o cargo equivalente, porque se liquidaron considerando el valor de los honorarios fijados en cada contrato de prestación de servicio, desconociendo el principio de igual salario igual trabajo (art. 13 de la Constitución Política), ya que obra certificación que demuestra que efectivamente el cargo existía en la planta y los emolumentos que devengaba el personal ostentando dicho cargo, sin que la demandada le suministrara la documental por él requerida; **2)** porque tanto el accionante tanto como el testigo fueron coincidentes en afirmar que no se presentaron interrupciones en su vínculo, habiéndose valorado por el Juez la certificación contractual expedida por la entidad accionada,

con lo que pasó por encima de las circunstancias fácticas y reales del contrato de trabajo; **3)** respecto a la prima de antigüedad porque el Juez indicó que no se acreditó que pagara dicho emolumento a los servidores públicos de planta, no obstante ello, es contradictorio, pues dentro de la documental aportada al expediente obra una certificación donde están los emolumentos que recibe el personal de planta en similar cargo; **4)** en relación con la prima de servicios porque se negó con base en que no había lugar a su pago para empresas industriales y comerciales del Estado pero esta es una empresa social del Estado la cual es un ente administrativo completamente distinto (Decreto 1919 de 2002) que hace extensivas las prestaciones sociales de los empleados públicos y de los servidores públicos del orden nacional a los del orden territorial; **5)** frente a los auxilios se absolvió porque no se sabía si el actor devengaba más o menos (2) SMLMV, pero obra certificación que lo devengado era inferior; **6)** porque aplicó a la sanción moratoria la prescripción, pero el término prescriptivo consagrado en el art. 489 del C.S.T, así como el 151 de CPT aplica sobre las prestaciones sociales y no sobre las sanciones impuestas y, **7)** En relación con la indexación ya que es un emolumento totalmente distinto con la sanción moratoria y pueden coexistir.

De la parte demandada; en razón a que no se encuentra demostrada la relación laboral entre las partes, en especial el elemento de subordinación; así mismo, por la sanción moratoria impuesta, toda vez que la entidad única y exclusivamente actuó bajo los parámetros legalmente establecidos por la ley para la ejecución y elaboración de los contratos de prestación de servicios; habiéndose configurado el fenómeno de la prescripción total en el presente caso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, ninguna de las partes se pronunció dentro del término concedido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa la siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Punto álgido de la alzada se contrae a establecer si la prestación de los servicios personales del actor a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., estuvo regida en verdad por uno o varios contratos de trabajo y no de prestación de servicios, con especial

énfasis en el elemento de la subordinación y, en caso afirmativo, si le asiste derecho al reconocimiento de las prestaciones legales propias de los trabajadores de planta, para lo cual deberá dilucidarse la naturaleza jurídica de la demandada y sobre esa base (i) si el demandante ostentó la condición de trabajador oficial, (ii) si hay lugar a disponer la nivelación salarial respecto de los trabajadores de planta que también ocuparon el cargo de Auxiliar de mantenimiento, (iii) si era beneficiario de las prerrogativas solicitadas <<primas de antigüedad y de servicios y auxilios de alimentación y de transporte>>, (iv) si se configuró la excepción de prescripción, (v) si hubo mala fe por parte de SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE S.A.S (HOSPITAL SAN BLAS) y por tanto es procedente la indemnización moratoria impuesta y, (vi) si la demandada está obligada al pago de la indexación, todo ello de conformidad con el principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

La SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., en adelante SUBRED CENTRO ORIENTE, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 641 de 2016 expedido por el Concejo de Bogotá, es una entidad pública descentralizada con categoría especial, del orden Distrital, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud. Así, de acuerdo al numeral quinto del Art. 195 de la ley 100 las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo 4 de la ley 10 de 1990. En materia tributaria se someten al régimen de los establecimientos públicos y, en materia contractual por el derecho privado.

Ahora bien, según el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, la regla general en estas entidades es la de que sus servidores tienen la calidad de empleados públicos y sólo tendrán el carácter de trabajadores oficiales quienes realizan las actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria (tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría), o de servicios generales (quienes se desempeñan en labores de "transporte y el traslado de pacientes", los conductores de ambulancia, los Auxiliar de mantenimientos y el personal de archivo y correspondencia)¹.

DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

¹Puede consultarse, entre otros, el Concepto 38161 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública.

No fue materia de discusión la circunstancia de la prestación de los servicios personales del demandante para el Hospital San Blas hoy SUBRED CENTRO ORIENTE , en virtud de sendos contratos de prestación de servicios, desarrollando la actividad de Auxiliar de mantenimiento, recibiendo por su último contrato unos honorarios pagaderos por mensualidad vencida de \$1.550.000; circunstancias que se constatan además de la forma asertiva como en parte se contestó la demanda (fls 43 a 55 y 249-253), con las certificaciones laborales expedidas de los contratos de prestación de servicios ejecutados junto con las copias de los mismos y las planillas de pago a seguridad social, entre otros medios probatorios (fls 39, 135 y 126 a 230).

Contratos de servicios que se discriminan, incluidas las prórrogas y adiciones así:

- 1) Del 01 de abril de 2007 al 30 de mayo de 2007
- 2) Del 01 de agosto de 2007 al 30 de noviembre de 2007
- 3) Del 16 de enero de 2008 al 15 de junio de 2008
- 4) Del 01 de agosto de 2008 al 31 de agosto de 2008
- 5) Del 01 de septiembre de 2008 al 30 de septiembre de 2008
- 6) Del 01 de octubre de 2008 al 31 de octubre de 2008
- 7) Del 01 de noviembre de 2008 al 30 de noviembre de 2008
- 8) Del 01 de diciembre de 2008 al 31 de diciembre de 2008
- 9) Del 01 de enero de 2009 al 31 de enero de 2009
- 10) Del 01 de febrero de 2009 al 02 de mayo de 2009
- 11) Del 01 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2009
- 12) Del 01 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2010
- 13) Del 31 de octubre de 2010 al 30 de noviembre de 2010
- 14) Del 31 de enero de 2011 al 30 de marzo de 2011
- 15) Del 31 de marzo de 2011 al 30 de abril de 2011
- 16) Del 31 de julio de 2011 al 30 de octubre de 2011
- 17) Del 01 de febrero de 2012 al 01 de mayo de 2012
- 18) Del 01 de julio de 2012 al 30 de julio de 2012
- 19) Del 01 de noviembre de 2012 al 01 de diciembre de 2012
- 20) Del 02 de enero de 2013 al 01 de febrero de 2013
- 21) Del 02 de abril de 2013 al 01 de mayo de 2013
- 22) Del 02 de mayo de 2013 al 01 de junio de 2013
- 23) Del 02 de julio de 2013 al 01 de agosto de 2013
- 24) Del 02 de diciembre de 2013 al 01 de enero de 2014
- 25) Del 02 de enero de 2014 al 02 de febrero de 2014
- 26) Del 03 de febrero de 2014 al 02 de abril de 2014
- 27) Del 03 de mayo de 2014 al 29 de febrero de 2016
- 28) Del 26 de febrero de 2016 al 31 de marzo de 2016
- 29) Del 01 de julio de 2016 al 31 de agosto de 2016
- 30) Del 01 de septiembre de 2016 al 09 de enero de 2017
- 31) Del 10 de enero de 2017 al 15 de diciembre de 2017

De manera que, de declararse el vínculo laboral, se regularía dicha situación por lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1945, que sobre el contrato de trabajo en el artículo 2º, indica:

“Existe contrato de trabajo cuando concurren:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional,*
- c. El salario como retribución del servicio.”*

Al mismo tiempo, el artículo 3° del citado precepto normativo, enseña que, reunidos los tres elementos referidos, el contrato de trabajo no deja de serlo a pesar del nombre que se le dé y, el artículo 20 expresa que, “*se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien se beneficie de éste, la **existencia de contrato de trabajo** y le corresponderá destruir la presunción a este último.*”

En consecuencia, le bastaba al demandante acreditar la prestación personal del servicio a favor de la demandada, para que entrara a operar a su favor la referida presunción y por disposición legal, le correspondía a la convocada a juicio, desvirtuar lo presumido.

DE LA PRUEBA DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO Y LA SUBORDINACIÓN - EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Aparece demostrada la prestación personal del servicio del actor al SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E, no sólo con la contestación asertiva de la demanda en ese aspecto sino a través de los contratos que se denominaron de prestación de servicios personales, por los períodos arriba señalados, y con el testimonio rendido por LUIS MIGUEL MORENO MONTAÑA, quien señaló que es auxiliar de enfermería, actualmente en la Subred del Norte, y en la de Centro Oriente se desempeñó desde el 6 de septiembre de 2013 y hasta el 9 de enero de 2017, conoce al demandante desde 2014 y por eso sabe que en Hospital San Blas era quien hacía el mantenimiento, entregaba las balas de oxígeno, había otros funcionarios de planta que realizaban esa misma función pero en el día, mientras que ellos tenían el turno de noche, se encontraban con el señor RODRIGUEZ día de por medio en horario de 7pm a 7 am, desconociendo tanto el nombre del Jefe como su salario porque siempre estaba sólo, es decir no tenía compañeros, arreglaba las paredes dañadas y pisos, surtía de oxígeno a todas las ambulancias y UCI para lo cual se diligenciaba un formato, tenía que pedir permiso o hacer un cambio con otro compañero si necesitaba atender situaciones personales, sin gozar de vacaciones, siempre laboró de manera presencial, cumplía horario, llevaba su inventario, las herramientas se las entregaba el Hospital (cemento, equipo de soldadura, pintura, etc) aunque no estuvo presente cuando eso ocurrió pero lo sabe porque así pasaba con todos los contratistas, no tenía uniforme pero sí overol, además le entregaron carné que decía contratista del Hospital San Blas.

Luego, sin duda alguna entró a operar la ventaja probatoria a favor del demandante, por lo que le correspondía a la SUBRED CENTRO ORIENTE, como se indicó, con fundamentos fácticos contrarios a los presumidos, desvirtuar que el señor ROBERTO RODRÍGUEZ estuvo vinculado a través de verdaderos contratos de prestación de servicios; advirtiéndose que, de vieja data la H. CSJ, ha enseñado que de acuerdo con el **principio de la primacía de la realidad** de presentarse discordancia entre la realidad y lo que se vislumbra de los documentos y/o acuerdos de orden formal, deberá preferirse lo acaecido en el terreno fáctico. En otras palabras, las formalidades ceden a los hechos y son estos los encargados de establecer si verdaderamente existió una relación laboral.

Para atender la carga probatoria indicada, la llamada a juicio en la contestación de la demanda solicitó como pruebas para soportar su dicho, que se escuchara al actor en interrogatorio, no obstante, llegado el momento desistió de la práctica del mismo.

En los contratos de prestación de servicios, se lee como funciones inicialmente asignadas al actor: “1) asistencia y apoyo en la realización de mantenimiento preventivo y correctivo del sistema de llamado de enfermeras. 2) dar apoyo para el mantenimiento de equipos electrodomésticos en lo realizado con su componente electrónico. 3) asistencia y apoyo en la realización del mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos eléctricos y electrónicos del hospital tales como videobean, proyectores, videocaseteras, televisores, teléfonos, fax. 4) elaborar listado necesidades de los equipos de medición y prueba, materiales y herramientas necesarias para la elaboración de las actividades contratadas. 5) elaborar informe mensual sobre el desarrollo y avance de sus actividades. 6) responder por los elementos entregados para el desempeño de las actividades. 7) participar en las jornadas de capacitación, inducción, reuniones y eventos que le sean asignados por quien ejerce actividades como coordinador del área. 8) realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerce el control del contrato acordes con el objeto” y finalmente las de “1) efectuar reparaciones de acuerdo a las actividades en el área de electricidad, plomería, mampostería, pintura, soldadura etc. 2) registrar las actividades realizadas y los materiales utilizados en las órdenes de trabajo asignadas. 3) garantizar el adecuado manejo y conservación de las herramientas, materiales y equipos que utilice para los trabajos asignados. 4) elaborar listado de necesidades de materiales y herramientas necesarias para la elaboración de las actividades contratadas. 5) elaborar informe mensual sobre el desarrollo y avance de sus actividades. 6) responder por los elementos entregados para el desempeño de las actividades. 7) participar en las jornadas de capacitación, inducción, reuniones y eventos que les sean asignados por quien ejerce actividades como coordinador del área. 8) realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerce el control del contrato acordes con el objeto.”

Del análisis en conjunto de estas pruebas, para la Sala es evidente que la demandada no logró desvirtuar la presunción legal respecto a la existencia

de un contrato de trabajo y, por el contrario, emerge el ejercicio de la subordinación jurídica del demandante respecto de ella a través de las ordenes de cumplimiento, de la supervisión del mismo, de un horario, así como del desarrollo de sus funciones, pudiéndose concluir que sí ejerció subordinación jurídica sobre el demandante, elemento que diferencia el contrato de trabajo de cualquier otra modalidad contractual, incluido el contrato de prestación de servicios profesional que pretendió demostrar.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto encontró que en la ejecución de los diferentes contratos de prestación de servicios lo que en realidad se presentó fueron dieciséis contratos de trabajo entre el señor RODRÍGUEZ y la SUBRED CENTRO ORIENTE vigentes durante los siguientes períodos:

- Del 01 de abril de 2007 al 30 de mayo de 2007
- Del 01 de agosto de 2007 al 30 de noviembre de 2007
- Del 16 de enero de 2008 al 15 de junio de 2008
- Del 01 de agosto de 2008 al 02 de mayo de 2009
- Del 01 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2009
- Del 01 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2010
- Del 31 de octubre de 2010 al 30 de noviembre de 2010
- Del 31 de enero de 2011 al 30 de abril de 2011
- Del 31 de julio de 2011 al 30 de octubre de 2011
- Del 01 de febrero de 2012 al 01 de mayo de 2012
- Del 01 de julio de 2012 al 30 de julio de 2012
- Del 01 de noviembre de 2012 al 01 de diciembre de 2012
- Del 02 de enero de 2013 al 01 de febrero de 2013
- Del 02 de abril de 2013 al 31 de marzo de 2016
- Del 01 de julio de 2016 al 31 de agosto de 2016
- Del 01 de septiembre de 2016 al 15 de diciembre de 2017

En este punto conviene precisar, por haber sido objeto de reproche de la parte actora en su recurso, que en ningún dislate incurrió el fallador de primera instancia cuando se abstuvo de declarar la existencia de un único contrato de trabajo vigente desde el 1º de enero de 2004, en la medida que tal y como se halla probado, la contratación de la actividad de Auxiliar de mantenimiento con el demandante, no sólo se observó desde el año 2007 apenas, sino que presentó varias interrupciones entre la finalización de una y el comienzo de la otra, ya que se superó el término de un mes que jurisprudencialmente se ha fijado como máximo permitido de inactividad o interrupción entre uno y otro contrato con el que no se pierde la continuidad del vínculo laboral. A lo que se suma que, además del dicho del actor contenido en el libelo sobre su labor ininterrumpida sin contrato en algunas oportunidades, ningún otro medio probatorio dio cuenta de tal circunstancia, lo que imposibilitó una declaratoria por lapso diferente; no siendo desde ningún punto de vista admisible atender su reproche frente a la valoración probatoria realizada por el A quo a las certificaciones laborales militantes en el expediente (fls 39 y 135), cuando fue él mismo quien aportó una de ellas junto con su demanda sin desconocer el

contenido (en el que constaba además del número de contrato con su fecha de inicio y terminación, el valor promedio que le fue cancelado en el mes), máxime cuando por sabido se tiene que el hecho de que se declare que lo que en verdad se presentó en la ejecución de los contratos de prestación de servicios fue una relación laboral regida pero por contratos de trabajo (al encontrarse reunidos sus elementos) no conlleva, *per se*, que lo certificado sobre periodos laborados y pagos realizados en ese interregno no corresponda a la realidad de lo ocurrido, salvo que se demuestre lo contrario, lo que aquí no ocurrió como quiera que tratándose de lo manifestado por el actor en su demanda, no tiene la entidad probatoria para restar credibilidad al certificado, pues recuérdese que de conformidad con lo previsto en el artículo 191 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS, es presupuesto de la confesión *“que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*, así que el estudio de la exposición de éste se restringe a algunos aspectos ya que no le es posible beneficiarse de sus propias manifestaciones, debiendo por ello haber demostrado su efectiva prestación de servicios durante los períodos no aceptados expresamente por la contratante, sin que la prueba testimonial informara acerca de dicho trabajo, esto es, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que sin mediar contrato suscrito entre las partes, continuó prestando sus servicios el demandante, continuidad de la que el testigo no supo dar cuenta.

Por lo anterior, advirtiéndole a la Sala que tal declaratoria de la existencia del contrato no se halla contenida en la parte resolutive de la sentencia apelada, se adicionara en dicho aspecto.

DE LA NIVELACIÓN SALARIAL RESPECTO DE LOS TRABAJADORES DE PLANTA QUE TAMBIÉN OCUPARON EL CARGO DE AUXILIAR DE MANTENIMIENTO.

Reprocha la parte demandante la falta de condena por concepto de nivelación salarial pese a que en el expediente se hallan acreditados los salarios devengados por el personal de planta que al igual que él, desempeñaron el cargo de Auxiliar de mantenimiento.

Pues bien, habida cuenta que el sentenciador de primera instancia absolvió a la demandada de esta súplica en el entendido que quien soportaba la carga de la prueba de demostrar la igualdad de condiciones laborales que lo hacían merecedor de igual salario era el trabajador demandante, basta indicar que la razón está de su lado, ya que es tan sólo una vez acreditada la igualdad de condiciones, es que le corresponde al empleador justificar y probar la razón de la remuneración desigual entre dos personas que ocupan mismo cargo y desempeñan las mismas funciones.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, en términos generales, hace referencia al derecho fundamental de la igualdad así:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Prohibición discriminatoria contemplada igualmente en el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en empleo y ocupación a partir de la Constitución de 1991, por efecto del art. 93 superior. En materia laboral ha sido clara al establecer que a trabajo igual salario igual, y que sólo razones objetivas pueden justificar un tratamiento diverso, esto es, que los razonamientos de carácter subjetivo que pueda exponer el empleador, no serán de recibo, pues sólo consideraciones de orden objetivo y demostrable, serán admitidas para justificar el trato diverso. Al tema oportuno se muestra recordar las sentencias T-102-95; T-782-98; T-143-95; SU 519; C-428 de 1997; T-24, T-311 y T-387 de 1998, entre otras, en aplicación del principio a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Principio cuya aplicación no se surte de manera automática por el sólo hecho de desempeñarse el mismo cargo sino que es necesario el cumplimiento de otros presupuestos, a saber: i) la identidad de funciones con referencia a una persona específica, en una misma dependencia, por trabajos equivalentes; ii) la igualdad en las condiciones de eficiencia, en el desempeño del mismo oficio, con respecto a una persona en particular que perciba mejor remuneración salarial que la quejosa; y por último iii) la realización en igual cantidad y calidad del trabajo frente a la persona tomada como punto de referencia, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, entre ellas la sentencia 6570 (45894), del 6 de mayo de 2015 M.P Dra Clara Cecilia Dueñas. Entonces, para dar aplicación al principio de a trabajo igual, salario igual, deben suministrarse los elementos de convicción orientados a establecer plenamente la igualdad, con condiciones básicas de responsabilidad, intensidad y calidad.

En tal sentido, contrario a lo indicado por el señor RODRÍGUEZ, no se halla acreditado en el expediente que cumpliera las mismas funciones asignadas al cargo de planta de Auxiliar de mantenimiento, ya que la certificación obrante a folio 269 únicamente brinda certeza de los valores de factores salariales y prestacionales que correspondían al cargo de planta de un Auxiliar de mantenimiento, código 5051 Grado II B para el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2014, información que tampoco se encuentra consignada en el Acuerdo modificadorio del manual específico de funciones allegado de folios 56 a 121, lo que de suyo imposibilita la comparación de funciones y que se tornaba indispensable para establecer que su remuneración debía ser igual a la asignada para los empleos de planta, por lo que es del caso confirmar la determinación de primera instancia en relación con la asignación que debe tomarse para la liquidación de las acreencias laborales reclamadas.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRIMAS DE ANTIGÜEDAD Y DE SERVICIOS Y DE LOS AUXILIOS DE TRANSPORTE Y ALIMENTACIÓN

Se duele la parte demandante de la falta de condena de estos conceptos.

Referente a la **prima de antigüedad**, como acertadamente lo concluyera el fallo atacado, no se encuentra contemplada en el ordenamiento nacional vigente, por lo que no hay lugar a disponer su reconocimiento, recordando que, de estar incluida en cualquier ordenamiento Distrital, Departamental o incluso extralegal, le correspondía a la parte interesada allegar tal reglamentación atendiendo lo dispuesto en el artículo 177 del CGP, lo que no hizo.

En cuanto a la **prima de servicios**, está prevista para los empleados públicos de las entidades del orden nacional y territorial y no para los trabajadores oficiales, por cuanto su vinculación es de carácter contractual, de ahí que al no hallarse pactada en contrato, convención colectiva, fallo arbitral o reglamento interno de trabajo obrante en el expediente, se confirme la absolución.

De otra parte, en lo que atañe al **subsidio de alimentación**, esta figura no está prevista a favor de los trabajadores oficiales².

² Este auxilio fue consagrado en el art. 51 del Decreto 1042 de 1978 para los empleados de las entidades del orden nacional, sin que se haya extendido el campo de aplicación a los empleados del nivel local; posteriormente a través del Decreto 627 de 2007, se creó dicho subsidio para los empleados públicos del nivel territorial, en consecuencia dicho auxilio o subsidio opera para los empleados públicos y no para los trabajadores oficiales. (Ver sentencia de la CSJ SL3482-2019, rad. 58546)

Tratándose del **auxilio de transporte**, no hay lugar a variar la decisión de primera instancia si se tiene en cuenta que conforme lo enseña el artículo 50 del Decreto 1042 de 1978, su fijación se encuentra supeditada a establecer el sueldo fijado para el grado 01 de la escala de remuneración del nivel operativo, en la medida que es procedente su reconocimiento y pago únicamente para aquellos trabajadores cuya asignación básica mensual es igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la referida escala de remuneración del nivel operativo, información que, en efecto, no reposa en el plenario, resultado insuficiente para tal propósito la certificación de folio 269 toda vez que ella refleja la asignación de un auxiliar administrativo de un grado 02 y únicamente para el año 2014. De tal suerte, advirtiendo este Colegiado que el fallador de primera instancia no accedió a su otorgamiento considerando que el actor no demostró que su remuneración estuviera en dicho rango, tal argumento es de recibo, confirmándose por tanto la decisión que se abstuvo de fulminar condena.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y SU PRESCRIPCIÓN

El artículo 1o. del decreto 797 de 1949, cuyo texto ha sido interpretado, en su alcance, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, dentro de la interpretación ha indicado que sí dentro de los noventa días siguientes a la terminación de un contrato de trabajo la administración no cancela los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeude al trabajador, o no hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, se sancionará con un día de salario por cada día de retardo en el pago de estos conceptos.

La CSJ, en sentencia del 26 de octubre de 2016, radicación 47870, señaló sobre el particular:

“los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole .

“(..)

“Y en lo que tiene que ver con los varios pronunciamientos por parte de esta Corporación en otros asuntos análogos, en donde se consideró en más de un centenar de ocasiones, que los contratos de prestación de servicios celebrados por el Instituto de Seguros Sociales bajo el amparo de la Ley 80 de 1993 eran en realidad laborales y a los que alude la censura en el ataque, la verdad es que, el ISS ha hecho caso omiso a

ellos y persiste en continuar utilizando esta forma de contratación para situaciones como la que ocupa la atención de la Sala, en la cual como atrás se explicó, conforme al acopio probatorio examinado, está plenamente acreditado que el vínculo del demandante de la manera como se desarrolló, en definitiva no encaja dentro de los presupuestos de la citada preceptiva, lo que sumado al conocimiento que tenía la demandada sobre lo que aflora de la realidad en el manejo de esas relaciones, conlleva a considerar bajo estas directrices, que el actuar sistemático del Instituto demandado se constituye en burla de derechos fundamentales del operario.”

De manera que la sola evidencia de los aludidos contratos de prestación de servicios, sin que coexistan otros motivos razonables que justifiquen la conducta de la demandada, frente a su trabajador subordinado, no es suficiente para tener por demostrada la buena fe que aduce, sobre todo si se tiene en cuenta que no encontró respaldo probatorio la imposibilidad por ella invocada de realizar la vinculación a través de contratos de trabajo, en consecuencia es procedente la indemnización moratoria en los términos ordenados por el A quo. Se confirma la condena.

Ahora bien, en lo que a la prescripción de esta sanción interesa, huelga señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 del D.L. 3135 de 1968, las acciones laborales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. A su vez, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001 en su artículo 151 prevé que *“las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”* Y finalmente, el Código General del Proceso, en su artículo 94 establece: *“INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación. ...”*

Para el caso particular, el demandante elevó la reclamación administrativa sobre los derechos aquí deprecados el **2 de agosto de 2017**, según radicado visto de folios 28 a 31, mientras que la presentación de la demanda la realizó el 19 de octubre de 2017, según acta de reparto de folio 40, por lo que es dable afirmar, como certeramente lo manifestó el A quo, que todas y cada una de las acreencias laborales surgidas con ocasión de

los primeros 13 contratos de trabajo que en su orden finalizaron, el 30 de mayo de 2007, el 30 de noviembre de 2007, el 15 de junio de 2008, el 02 de mayo de 2009, el 30 de septiembre de 2009, el 30 de abril de 2010, el 30 de noviembre de 2010, el 30 de abril de 2011, el 30 de octubre de 2011, el 01 de mayo de 2012, el 30 de julio de 2012, el 01 de diciembre de 2012 y el 01 de febrero de 2013, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción al no haber sido solicitadas dentro el término trienal que establecen las normas en mención, lo cual también aconteció con las acreencias respecto del vigésimo cuarto contrato, causadas con anterioridad al 2° de agosto de 2014, exceptuando, claro está, las cesantías que se hicieron exigibles a la terminación del contrato y respecto de las vacaciones porque las que se hallan prescritas corresponden a las causadas con anterioridad al 2 de agosto de 2013, debiéndose indicar en cuanto a las dos últimas contrataciones que las mismas no se vieron afectadas ni total ni parcialmente por dicha fenómeno.

De conformidad con lo reflexionado, no interesa para efectos de la prescripción si se trata de una sanción o no, ya que pues el fenómeno prescriptivo de tres años no causa ninguna confusión y, por el contrario, lo que genera es seguridad jurídica, tal como lo señalara la H. Corte Constitucional en las sentencias C 072 de 1994 y C916 de 20103, en las que al ocuparse de la exequibilidad de los artículos 151 del CPT y SS y 488 del CST, precisó el porqué de la conveniencia de las prescripciones de corto plazo en materia laboral y la inaplicabilidad de la remisión analógica a otros ordenamientos en el aspecto del término estatuido por el legislador, no constituyendo la indemnización moratoria un derecho que esté ligado a otro de manera indisoluble que impida su prescripción, sino que se causa desde el mismo momento de la terminación del vínculo.

³ "... Las normas acusadas son en beneficio directo del trabajador, pues buscan la seguridad en la vida jurídica. Se le brinda a aquél la oportunidad para reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero ponen a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de octubre de 1950, explicó el porqué de la prescripción extintiva en los siguientes términos: "*El fundamento racional de la prescripción extintiva es análogo al de la prescripción adquisitiva, expresan los expositores Colin y Capitant. El orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas. Cuando el titular de un derecho ha estado demasiado tiempo sin ejercitarlo, debe presumirse que su derecho se ha extinguido. La prescripción que interviene entonces evitará pleitos cuya solución será muy difícil en virtud del hecho mismo de que el derecho invocado se remonta a una fecha muy lejana*".

Los tratadistas advierten que aun cuando por principio el derecho de trabajo no contiene prescripciones de largo tiempo como las ordinarias del derecho común, sino que se ha orientado por las de corto tiempo, en busca de una pronta eficacia de los derechos del trabajador, la razón aducida para las de largo tiempo es equivalente para las de corto, por cuanto evidencian la falta de un interés directo, más aún cuando se trata de un interés de tipo laboral que, por esencia, es inmediato. ..."

Por lo expresado también se mantendrá incólume en este aspecto la sentencia recurrida.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y DE LA INDEXACIÓN

Otra de las cuestiones por las que apeló la parte actora es la falta de condena a título de indexación sobre los conceptos que se ordenó pagar.

Sobre el particular debe indicarse que la indemnización moratoria impuesta por el no pago de prestaciones sociales es incompatible con su indexación para el pago actualizado de las obligaciones monetarias ya que, como es sabido, la aplicación de la corrección monetaria procede únicamente en aquellos casos en que la ley laboral no se haya ocupado de reconocer la compensación de perjuicios causados por la mora en su solución o de dar a esos créditos el beneficio del reajuste automático y regular en relación con el costo de la vida.

De lo anterior se infiere que sólo frente a las condenas que no den lugar al pago de la indemnización moratoria por su no pago oportuno o porque se absolvió de la misma, es procedente disponer la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas, precisamente por no tener otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida.

Así las cosas, en vista que se dispuso el pago de las vacaciones compensadas en dinero, concepto éste que no se encuentra cobijado por la sanción moratoria ante su no pago oportuno, se ordenará que su reconocimiento se realice de manera indexada, adicionándose exclusivamente en este sentido la providencia recurrida, ello considerando que de lo contrario se estaría afectado al trabajador en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad inferior a la realmente debida como consecuencia de la permanente devaluación de la moneda en nuestro país.

COSTAS

Atendiendo el resultado de los recursos de apelación, en esta instancia correrán a cargo de la parte demandada. Las de primera instancia se confirman.

Las reflexiones hasta aquí expuestas comportan la adición de la sentencia apelada en un ordinal que contenga la declaratoria de la existencia de los distintos contratos de trabajo, así como la modificación del numeral 2. del ordinal PRIMERO, en cuanto a que el monto allí establecido por vacaciones deberá reconocerse de manera indexada a la fecha efectiva de pago, confirmando en todo lo demás.

Bajo tal entendido, el ordinal que se adiciona y el numeral 2. del ordinal primero que se modifica quedaran así:

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el ordinal “PRIMERO” de la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado ROBERTO RODRÍGUEZ en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., conforme lo expuesto en la parte considerativa, por lo que para todos los efectos legales quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor ROBERTO RODRIGUEZ Y LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E ., existieron 16 contratos de trabajo, en virtud de los cuales desempeñó el cargo de Auxiliar de mantenimiento, vigentes durante los siguientes períodos:

- *Del 01 de abril de 2007 al 30 de mayo de 2007*
- *Del 01 de agosto de 2007 al 30 de noviembre de 2007*
- *Del 16 de enero de 2008 al 15 de junio de 2008*
- *Del 01 de agosto de 2008 al 02 de mayo de 2009*
- *Del 01 de julio de 2009 al 30 de septiembre de 2009*
- *Del 01 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2010*
- *Del 31 de octubre de 2010 al 30 de noviembre de 2010*
- *Del 31 de enero de 2011 al 30 de abril de 2011*
- *Del 31 de julio de 2011 al 30 de octubre de 2011*
- *Del 01 de febrero de 2012 al 01 de mayo de 2012*
- *Del 01 de julio de 2012 al 30 de julio de 2012*
- *Del 01 de noviembre de 2012 al 01 de diciembre de 2012*
- *Del 02 de enero de 2013 al 01 de febrero de 2013*
- *Del 02 de abril de 2013 al 31 de marzo de 2016*
- *Del 01 de julio de 2016 al 31 de agosto de 2016*
- *Del 01 de septiembre de 2016 al 15 de diciembre de 2017*

Y en consecuencia, CONDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E a PAGAR a favor de ROBERTO RODRÍGUEZ, los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

1. Por Cesantías la suma de: \$2.314.844.
2. Por Vacaciones la suma de: \$1.935.667, debidamente indexada a la fecha de pago.
3. Por primas de navidad la suma de: \$1.823.872
4. Por indemnización moratoria la suma de: \$56.666 diarios a partir del 31 de marzo de 2016 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de sus acreencias."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión de primera instancia.

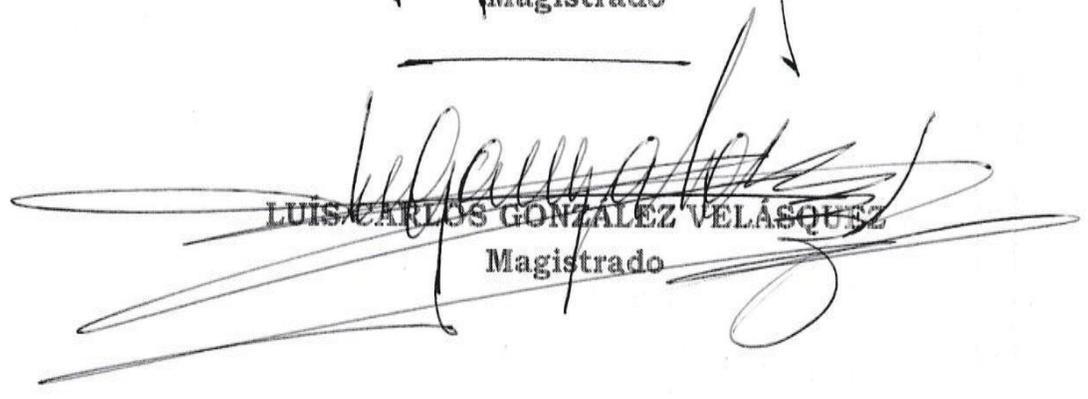
TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$500.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105012201500696-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Extremos de la relación laboral – Nivelación salarial artículo 143 CST
- Despido sin justa causa – Costas procesales.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 15 de noviembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FRANCISCO JAVIER NIETO PARAMO** en contra de **AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A.**

ANTECEDENTES

FRANCISCO JAVIER NIETO PARAMO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de AMERICAS BUSINESS SERVICES S.A., para que, previa declaración de la existencia de un contrato trabajo, y en virtud del principio “*trabajo igual salario igual*”, se condene al reajuste de salarios y prestaciones sociales, teniendo en cuenta la diferencia salarial existente entre él y la señora JENNY TATIANA GARZON TOCANCIPA; igualmente, pretende el pago de la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, prestó sus servicios para la demandada, inicialmente, mediante dos contratos de trabajo a término fijo, inferior a un año, el primero de ellos, del 1 de mayo de 2005, prorrogado hasta el 22 de julio de 2007; y el segundo, del 23 de julio de 2007, que se extendió hasta diciembre de 2009; que, posteriormente, a partir del 9 de enero de 2009, las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido.

Que, se desempeñó como líder entretenimiento ETB Hogares, con una remuneración inicial de \$1.172.000; para el segundo contrato recibió \$1.219.348 y finalmente, devengó la suma de \$1.273.975. Señala que, en la empresa, también se encontraba vinculada como líder de formación, la señora JENNY TATIANA GARZÓN TOCANCIPA, quien desempeñaba las mismas funciones, capacitando grupos, en las labores de telemercadeo, televenta y cobranza; sin embargo, la señora GARZÓN TOCANCIPA, devengaba un salario superior a él; llegando ésta a recibir para el año 2013, la suma de \$4.200.000, mientras que el actor, nunca llegó a devengar más de \$2.200.000.

Indica que, para ingresar a la plataforma de capacitaciones, le fue autorizado emplear el usuario ECC4447B, que correspondía a otra compañera, que tenía a cargo la capacitación de la empresa Claro; no obstante, en aras de cumplir con la metas exigidas para el año 2013, autorizó a algunos de sus colaboradores, para utilizar el mismo usuario, pero, la demandada, lo citó a descargos, por este hecho. Que, en dicha diligencia, aclaró que el usuario, sólo podía ser empleado en la plataforma 44, y no implicaba ningún riesgo para la empresa, salvo en una ocasión que se cambió la dirección de una factura, pero no fue un hecho grave; además que, como varias veces solicitó la creación de su usuario, sin obtener respuesta, se vio en la necesidad de utilizarlo con sus colaboradores; dice que, también se le endilgó, no haber citado a descargos a los señores Milton Castro y Santiago Moreno, involucrados en la utilización del usuario, lo que justificó debidamente, pues, uno de ellos renunció, y que, el otro sí fue citado con posterioridad.

Manifiesta que, pese a las explicaciones dadas en la diligencia de descargos, el 4 de septiembre de 2013, su empleador, decidió dar por terminado el contrato de trabajo, alegando como justa causa de su despido, una falta grave, por no cumplir con las órdenes impartidas por su superior y la inobservancia de las políticas de seguridad de información suministrada por la Empresa, sin atender sus argumentos (fls. 1-9 y 17-56).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A., dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible de folios 89 a 130, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; negó la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con la existencia del vínculo laboral entre las partes y el cargo desempeñado por el actor. En su defensa indicó que, entre las partes se suscribieron 3 contratos de trabajo, cada uno de ellos independiente del otro, debidamente liquidados y cancelándole al trabajador por cada uno de ellos, los salarios y prestaciones sociales correspondientes.

Refiere que, no puede existir igualdad salarial, en relación con la señora

JENNY TATIANA GARZÓN, pues, ella, era jefe de capacitación, razón por la cual sus funciones eran diferentes a las desempeñadas por el actor, sumado esto, a otros factores subjetivos como la formación académica, personal, y aptitudes, que debe tener en cuenta el empleador, a la hora de determinar la asignación salarial; además, la misma ley, permite pactar de forma libre y autónoma salario, sin que exista una tarifa legal para establecerlo; y que, cuando el demandante, cambió de líder a jefe, su salario también fue reajustado.

En relación con la terminación del contrato de trabajo, señala que, el actor, incurrió en una conducta completamente prohibida por esa Compañía, pues, no está permitido que se autorice la utilización de los usuarios de los clientes, por personal, que como en el presente caso, eran subordinados del demandante, y no podían acceder a dicha información, por políticas de seguridad y por estar expresamente prohibido desde la suscripción del contrato de trabajo; lo que condujo a un fraude, por quienes emplearon dicho usuario. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de causa y obligación, buena fe, prescripción, pago y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de noviembre de 2018, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de dos contratos de trabajo, suscritos entre las partes, uno del 1 de mayo de 2005 al 30 de junio de 2006 y otro, del 23 de julio de 2007 al 4 de septiembre de 2013; condenando al demandado, al pago de la nivelación salarial y de las prestaciones sociales, al considerar que, la demandada, incumplió con el principio establecido en el artículo 143 del CST, respecto del demandante; además, ordenó el pago de la indemnización por despedido sin justa causa, pues, no cumplió la accionada, con la carga probatoria que le correspondía, respecto a demostrar las razones que la llevaron a tomar la decisión de finalizar de forma unilateral, el contrato de trabajo del actor. Absolvió de las demás pretensiones, condenando en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, para que se revoque la sentencia de Primera Instancia, argumentando lo siguiente:

Respecto de los extremos temporales, dijo que, debe tenerse en cuenta la documental y liquidaciones de los contratos, situación que no fue objeto de discusión, ya que, la cada uno de ellos, fue liquidado y pagado de manera correcta, por lo tanto, hubo 3 contratos independientes, que surgieron a la vida jurídica por elementos diferentes; y, en caso de considerar que sólo hubo única relación, pide, resolver las excepciones de prescripción y

compensación, respecto de las cuales no se pronunció el Juez de Primera Instancia.

En cuanto a la nivelación salarial decretada, refiere que, dentro del plenario se encuentran acreditados, diferentes elementos subjetivos, como la experiencia y el plan de carrera, que no fueron analizado en la sentencia, toda vez que, para el momento en que el demandante, empezó a cumplir sus funciones, la señora JENNY GARZÓN, tenía más de 10 años ocupando el mismo cargo, por lo que, es lógica la diferencia salarial. Además, que, con la hoja de vida, de la mencionada señora, se probó que su carga laboral era superior a la del demandante, pues, tenía a su cargo varias cuentas, mientras que el actor sólo manejaba una. Pide valorar los testimonios, con lo que se demuestra la justificación de la diferencia salarial.

En relación con el despido sin justa causa, señala que, no se analizaron las órdenes dadas al demandante, respecto al manejo de los usuarios para acceder a las plataformas, las cuales desatendió, además de entorpecer la investigación de la compañía, al impedir la citación a descargos de las personas a su cargo, que emplearon dicho usuario de forma inadecuada, estando más de justificada la decisión de finalizar el contrato de trabajo

Respecto a las indemnizaciones, solicita que se confirme la decisión absolutoria y que, si se resuelven favorablemente las suplicas, se nieguen las costas procesales impuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandada, reitera los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación, y solicita declarar la improcedencia de las pretensiones de la demanda, ante la inexistencia de un acto discriminatorio frente al accionante, además de la inexistencia de idénticas condiciones laborales para obtener la nivelación salarial que solicita. Habiendo desvirtuado la presunción de que trata el artículo 143 del C.S.T., con las pruebas practicadas, no valoradas en Primera Instancia, que evidencian razones objetivas que dan lugar a la diferencia en el salario y/o cualquier diferencia entre trabajadores.

Por su parte, el demandante, pide desestimar los argumentos del recurso presentado por la demandada, pues, la decisión del Juzgado, fue ajustada la realidad probatoria y legal, al haberse demostrado la situación de desigualdad salarial injustificada, y que, el despido de que fue objeto, se produjo sin justa causa.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a establecer (i) los extremos de la relación laboral; (ii) si se presentó o no una desigualdad salarial, que amerite la nivelación ordenada por el Juez de Primera Instancia; (iii) si la parte demandada, demostró o no la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del actor, de forma unilateral; y, (iv) si procede la condena en costas procesales, impuesta a la demandada.

DEL VÍNCULO LABORAL QUE ATÓ A LAS PARTES

Alega la parte demandada, que suscribió con el actor, 3 contratos de trabajo, cada uno de ellos independientes el uno del otro, los cuales fueron debidamente liquidados y cancelados al actor, sin que puede considerarse que existió una única relación laboral entre el 23 de julio de 2007 y el 4 de septiembre de 2013.

Respecto a la duración del contrato de trabajo, disponen los artículos 46 y 47 del CST, lo siguiente:

“ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

47. DURACIÓN INDEFINIDA.

1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

2o) El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el empleador lo reemplace...”

Ahora bien, debe aclarar la Sala, que el contrato a término fijo inferior a un año, puede ser prorrogado, en 3 oportunidades, por un periodo igual o inferior, y, vencida la tercera prórroga, se renovará automáticamente por periodos de un año y así sucesivamente, en forma indefinida, sin que pueda entenderse que por las varias prórrogas que se hagan del mismo, éste cambie su naturaleza y se convierta en indefinido, ya que, mientras las partes acuerden, que el contrato suscrito entre ellas es a término fijo, éste mantendrá dicha condición, independientemente del tiempo de duración o de las prórrogas que se hubieren dado.

En el presente caso, militan en el plenario, un primer contrato de trabajo, suscrito a término fijo inferior a un año, del 1 de mayo al 31 de agosto de 2005 (fls. 12, 294 y 298), para que el demandante desempeñara el cargo de líder de entrenamiento, el cual fue prorrogado, en tres oportunidades, así:

1. Del 11 de septiembre al 31 de diciembre de 2005 (fl. 14).
2. Del 1 de enero al 30 de abril de 2006 (fl. 15).
3. Del 1 de mayo al 30 de junio de 2006 (fl. 15).

Posteriormente, suscribieron otro contrato de trabajo, también a término fijo inferior a un año, del 23 de junio al 30 de noviembre de 2007 (fls. 16 y 283), para el cargo de líder entrenamiento ETB Hogares, que se prorrogó en dos oportunidades:

1. Del 1 de diciembre de 2007 al 30 de marzo de 2008 (fl.18).
2. Del 31 de marzo al 17 de diciembre de 2008 (fls. 19 y 288).

Luego, el 9 de enero de 2009, demandante y demandada, suscriben un nuevo contrato de trabajo, pero, en esa oportunidad pactaron que el mismo sería a término indefinido, también para ocupar el cargo de líder de entrenamiento ETB hogares Contact Center Bogotá, vínculo que se extendió hasta el 4 de septiembre de 2013 (fls. 20, 270 y 288). Cada uno de los contratos antes referido, fue liquidado por la demandada, cancelando al actor, las prestaciones sociales correspondientes, como se advierte de las documentales visibles a folios 272, 288 y 305.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante, dijo que había suscrito 4 contratos de trabajo con la demandada, uno de mayo de 2005 a junio de 2006, otro de julio de 2006 al año 2007, del 2007 al 2009 y de 2009 a 2013; sin embargo, la relación laboral se extendió de forma ininterrumpida desde mayo de 2005 a septiembre de 2013, siempre ejecutando las mismas funciones como jefe de capacitación. Por su parte, la representante legal de la demandada, informó, que con el demandante, se suscribieron 3 contratos de trabajo, los dos primeros, fueron a término fijo inferior a un año, y tuvieron algunas prórrogas, y, el último, fue a término indefinido; que, inicialmente fue contratado como líder de entrenamiento y para el año 2010, se promovió al cargo de jefe de capacitación.

También declararon en el proceso CARLOS FABIAN HUERFANO RODRIGUEZ, ejecutivo de entrenamiento en la demandada, quien ingresó a laborar en el año 2011, y refiere que, para esa época, el actor, ya se desempeñaba como jefe de capacitación; JOSÉ ANDRÉS ARCHILA CASTAÑO, también trabajador de la demandada, durante el mismo tiempo que el actor prestó sus servicios, señaló que, hacía parte del grupo de formadores a cargo del demandante, sin embargo, desconoce las funciones que éste desempeñaba y la clase de vínculo que sostuvo con la demandada, indicó que, cuando la Empresa programaba cursos, dividían a los trabajadores por rangos y el actor, siempre estaba en el grupo de los jefes.

Y, la señora MARÍA ANGÉLICA RODRÍGUEZ BUITRAGO, trabajadora de la demandada desde el año 2003, quien aseguró que, tuvo a su cargo la dirección del área de capacitación desde el año 2007, momento a partir del cual conoció al demandante, quien se desempeñaba como líder de capacitación y posteriormente, ascendió al cargo de jefe de capacitación; señaló que, para el año que ella ingresa a capacitaciones, el actor había sido vinculado mediante contrato a término indefinido.

Así pues, de las pruebas antes señaladas, se puede establecer que, realmente entre las partes existieron tres contratos de trabajo, los dos primeros, pactados en la modalidad de contratos a término fijo inferior a un año, el primero, del 1 de mayo de 2005, prorrogado hasta el 30 de junio de 2006, y segundo, del 23 de julio de 2007, que se extendió hasta el 17 de diciembre de 2008, los cuales finalizaron dentro de los plazos pactados, obrando en el expediente la correspondiente carta de no prórroga de los mismos (fls. 287 y 305); además fueron debidamente liquidados; sin que puede entenderse, que este último, se extendió hasta el 4 de septiembre de 2013, como lo concluyó el a-quo, pues, de forma independiente, libre y voluntaria, demandante y demandada, el 9 de enero de 2009, suscribieron un nuevo contrato de trabajo, pero, a término indefinido, en el que, si bien el actor, fue nuevamente vinculado como líder de entrenamiento ETB, por sí sola, esa circunstancia, no resulta suficiente para considerar que existió un sólo vínculo laboral, máxime cuando hubo solución de continuidad entre uno y otro, y el demandado, no demostró dentro del plenario la prestación del servicio durante dicha interrupción.

En ese orden de ideas, habrá de modificarse el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar, decretar que, entre las partes, existieron tres contratos de trabajo, el primero, desde el 1 de mayo de 2005 al 30 de junio de 2006; el segundo, del 23 de julio de 2007 al 17 de diciembre de 2008, y, el tercero, del 9 de enero de 2009 al 4 de septiembre de 2013.

DE LA NIVELACION SALARIAL

Otra de las inconformidades de la demandada, es la correspondiente a la nivelación salarial decretada por el Juez de Primer Grado, pues, considera

que, dentro del plenario, existen suficientes pruebas de las cuales se puede determinar que, el demandante, no cumplía con la misma experiencia, conocimientos y funciones que la trabajadora JENNY TATIANA GARZÓN TOCANCIPA.

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, en términos generales, hace referencia al derecho fundamental de la igualdad, así:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Prohibición discriminatoria contemplada igualmente en el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en empleo y ocupación a partir de la Constitución de 1991, por efecto del artículo 93 superior; que nuestro ordenamiento en material laboral consagra de manera específica en el artículo 143 C.S.T., modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, cuando en lo pertinente prevé:

“ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL.

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.” (Negrilla resaltado por la Sala).

Principio cuya aplicación no se surte de manera automática por el sólo hecho de desempeñarse el mismo cargo sino que es necesario el cumplimiento de otros presupuestos, a saber: i) la identidad de funciones con referencia a una persona específica, en una misma dependencia, por trabajos equivalentes; ii) la igualdad en las condiciones de eficiencia, en el desempeño del mismo oficio, con respecto a una persona en particular que perciba mejor remuneración salarial que la quejosa; y por último iii) la realización en igual cantidad y calidad del trabajo frente a la persona tomada

como punto de referencia, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, entre ellas la sentencia 6570 (45894), del 6 de mayo de 2015. Entonces para dar aplicación al principio de a trabajo igual, salario igual, deben suministrarse los elementos de convicción orientados a establecer plenamente la igualdad, con condiciones básicas de responsabilidad, intensidad y calidad.

En cuanto al elemento de la presunción, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador dado que está en mejores condiciones para producir la prueba, justificar la razonabilidad de dicho trato.

En el presente caso, como ya quedó establecido, suscribió con la demandada, tres contratos de trabajo, para ocupar el cargo de líder de entrenamiento, pactando como la salario, en el primero, la suma de \$1.172.000; en el segundo, \$ 1.219.348, y, en el tercero, \$1.273.975 (fls. 12, 16, 20, 270, 283, 294, 298); luego, el 1 de junio de 2010, fue ascendido al cargo de jefe de capacitación personalizada, devengado como último salario básico, \$12.151.889 (fls. 342 y 346).

Por su parte, la señora JENNY TATIANA GARZON TONCANCIPA, de acuerdo a la documental obrante en el plenario, ingresó a trabajar al servicio de la demandada, el 1 de diciembre de 2003, para desempeñarse, desde entonces, como jefe de capacitación, devengando como último salario básico, la suma de \$3.664.778; por lo que, no existe discusión en la evidente diferencia salarial para el cargo de jefe de capacitación; no obstante, como lo advierte la demandada, en su recurso, la antigüedad de JENNY TATIANA GARZON TONCANCIPA, es superior, ingresó a la Compañía, ocupando directamente dicho cargo.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante, señaló que, él fue contratado como líder de entrenamiento, sin embargo, siempre cumplió funciones como jefe de capacitación, desconoce el salario que devengaba JENNY TATIANA GARZON TOCANCIPA, para el año 2010, pero, refiere que ellos dos, tenían las mismas funciones, no tenían que capacitar, sino atender la misma cantidad de clientes, hacer informes y manejar el personal; dependían del mismo jefe, que era la Directora de Capacitaciones, asistían a reuniones de interventoría, analizaban los resultados y planes de acción.

Por otro lado, la representante legal de la demandada, al respecto manifestó que, JENNY TATIANA GARZON TOCANCIPA, ingresó a la empresa desde el año 2003, como jefe de entrenamiento, tenía a cargo todas las operaciones de la ETB, Dorado y San Martín, manejaba varios clientes, mientras que el demandante, comenzó a trabajar con ellos en el año 2005, y como líder de entrenamiento sus responsabilidades eran distintas a las de un jefe de

capacitación, específicamente en temas relacionados con el manejo de personal y entrenamiento.

Los testigos CARLOS FABIAN HUERFANO RODRIGUEZ y JOSÉ ANDRÉS ARCHILA CASTAÑO, fueron coincidentes en señalar que, en las capacitaciones y eventos organizados por la demandada, para todo el personal, al demandante, siempre lo ubicaban en el grupo de los jefes de capacitación; y la testigo MARÍA ANGÉLICA RODRÍGUEZ BUITRAGO, dijo que, la mencionada señora GARZÓN TOCANCIPA, había ingresado a la Empresa, desde el año 2003, prácticamente desde que se constituyó la empresa, siempre como jefe de capacitación, manejaba muchos clientes y sectores, tenía más experiencia que el demandante, desempeña funciones más complejas y manejaba más de 20 formadores, mientras que, el actor, ingresó en el año 2005, desempeñándose como líder de entrenamiento hasta el año 2010, cuando fue ascendido, sólo manejaba el sector de telecomunicaciones, mientras ocupó el cargo de líder, no tuvo personas a su cargo, simplemente cumplía funciones de formador.

También se llegaron certificaciones labores de OLGA PATRICIA CAICEDO CARDENAS (fls.349-355), MABEL PAOLA MANRIQUE LEAL, (fls. 356-363), y, ERNESTO MOLANO UTRERA (fls.364-369), quienes también ocupaba el cargo de jefes de capacitación y tenían incluso, salarios diferentes a ésta, salvo el señor MOLANO UTRERA, quien también terminó su vínculo laboral con la demandada, en agosto de 2013, y devengada para ese entonces el mismo salario del actor \$2.151.889.

Así las cosas, es evidente que en el sub lite se encuentra justificada la diferenciación salarial entre el demandante y JENNY TATIANA GARZON TONCANCIPA, pues, esta última no se encontraba en condiciones de igualdad frente al actor, al contar con una antigüedad y experiencia mayor a él; en consecuencia, no se le ha dado al demandante, un trato desigual, frente a la otra trabajadora, con la que se presenta el punto de comparación en cuanto a la diferencia de salario; lo que imponen en consecuencia, la revocatoria de los numerales 1, 2, 3 y 4 del ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada, de las pretensiones relacionadas con la nivelación salarial y reliquidación de prestaciones sociales, en virtud de ésta.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA

Insiste la demandada, en que, el despido del demandante, se encuentra justificado, ante el manejo indebido de un usuario y clave de acceso a la plataforma del cliente CLARO, con el que se cometió un fraude, y, su negativa para citar a descargos al trabajador involucrado en éste.

Encontrándose entonces plenamente acreditado que la finalización del contrato obedeció a la voluntad de la empleadora, le correspondía a ésta demostrar la justedad de la falta imputada.

Al respecto, obra en el plenario correo electrónico del 26 de agosto de 2013, dirigido por la Gerente de Servicio al Cliente Telefónico Oriente de CLARO, solicitando revisar una línea telefónica, pues, con el usuario ECC4447B, se había efectuado un cambio de plan de un cliente que llevaba pocos días de reposición por un equipo de gama alta (fls.370-371).

En este sentido, en la carta de terminación del contrato de trabajo, se le imputa al demandante, haber incurrido en:

“...un claro y grave incumplimiento de sus obligaciones como trabajador, especialmente la establecida en el numeral 1° del Artículo 58 del CST, el cual indica que la prestación personal del servicio se debe “...observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes”.

En ese orden de ideas, usted cometió una falta grave al haber inobservado las políticas de seguridad informática indicadas e impartidas por la empresa y al haber incumplido con la orden directa de su jefe inmediata de realizar descargos al señor Milton Castro, faltas que de conformidad con lo establecido en el Num. 6 del Literal A del Artículo 62 del CST, en concordancia con el Numeral 1° del Artículo 58 del CST, constituyen una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo suscrito entre la empresa y Usted.

Así las cosas y por las circunstancias antes anotadas y ante la total ausencia de justificaciones por su arte respecto de los hechos aquí descritos, Contact Center Américas S.A. considera que existen méritos suficientes para dar por terminado unilateralmente y con justa causa el contrato existente entre usted y Contact Center Américas S.A., terminación que se hará efectiva a partir del día 04 de septiembre de 2013, para lo cual se invocan como justas causas las consagradas en la siguiente normatividad:

-Artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, Lit. A, num. 6°, a cuyo tenor indica (...)

-Artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo en virtud del cual se establece lo siguiente (...) 6)...”

-Artículo 59 del Código Sustantivo de Trabajo el cual establece que son obligaciones especiales del trabajador: 1a...”

- Artículo 48 Literal J del Reglamento Interno de Trabajo es claro al establecer que es considerada como falta grave: j) la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias y la ejecución grave del trabajador de las prohibiciones contractuales”.

- Reglamento Interno de Trabajo establece en su Artículo 43 numeral 1° “Son obligaciones especiales del trabajador: 1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido”

-Manual De Política de Seguridad De La Información Contact Center Américas, Numeral 4.2 Política Gestión de contraseñas.

-Y demás normas concordantes y aplicables a este asunto..." (fls.29-32 y 242-245).

En diligencia de descargos, señaló el demandante, que, como jefe de capacitación, manejaba entre otras, la campaña de CLARO, y, su responsabilidad respecto al manejo de contraseñas, era sólo controlar los usuarios, pero, por el volumen de trabajo, no podía hacerlo de manera detallada, todo lo demás, relacionado con su solicitud, creación, entrega y reporte de fallas, era responsabilidad de los formadores. Refiere que autorizó sólo a dos formadores, Oscar Moreno y John Jairo Rodríguez, el uso del usuario ECC4447B, del cliente CLARO, para la finalización de sus capacitaciones, con la condición de emplearlo en modo de prueba 44, lo cual no reviste ningún riesgo, pues, contiene una base de datos de prueba; que, sus formadores, con posterioridad, le informaron que dicho usuario también estaba habilitado para el perfil de producción, por lo que, les pidió que fueran extremadamente cautelosos con la información y uso; que, tenían desde hace meses problemas con el funcionamiento de las plataformas de capacitación y dados los cambios en los grupos, en aras de cumplir con las metas propuestas, autorizó el uso del usuario, pero exclusivo para pruebas, nunca para su difusión a personal en entrenamiento; reconoció el riesgo de emplear en capacitación un usuario que además podía funcionar en producción, pero reitera que sólo autorizó a dos formadores; que, habló con el señor Milton Castro, acusado de un posible fraude, por el uso indebida de dicho usuario, que éste le indicó que había ingresado a la plataforma de producción, para tomar unos pantallazos que iba a utilizar en capacitación; que, no vio mala fe en su actuar, pues, tenía información de que sólo se habían cambiado unos datos demográficos de un cliente de CLARO; que, Milton Castro, decidió renunciar, por lo que no vio la necesidad de citarlo a descargos ,y, que respecto del otro trabajador involucrado, Santiago Moreno, cuando iba a solicitarle explicaciones, se llevó a cabo una reunión donde sus superiores lo citaron a descargos (fls 22-28 y 232-241).

Por su parte, el señor Oscar Santiago Moreno Castañeda, respecto al mismo incidente, en diligencia de descargos, manifestó que, estaba utilizando el usuario de CLARO, de una consultora de nombre Erika Juliet, ECC4447B, el cual no habían reportado para su cancelación, porque lo necesitaba como formadores, para hacer las capacitaciones, y que, por problemas con el usuario general, el demandante, les autorizó su uso, pero sólo para pruebas, desconoce cómo otra persona, no autorizada, pudo acceder al usuario y la clave e indica que, cuando hacían capacitaciones, utilizaban la contraseña y pudo ser que los colaboradores lo vieran.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante, indicó que, en el año 2011, la empresa comenzó a manejar los usuarios para capacitación de personal nuevo, los cuales eran entregados por CLARO, porque con

anterioridad, ellos manejaban con un tercero diferente la capacitación del personal de respuesta de línea telefónica; que, en el área de capacitación tenían una persona encargada de crear los usuarios de primer uso, pero, luego la demandada, dio otra directriz y todos los formadores tenían que gestionar los usuarios; que, hubo una falla con algunos usuarios y a él le fue entregado para su uso, el usuario de una asesora, que no había dado de baja, y él con el riesgo que podía tener, porque con éste se podía acceder no sólo a la plataforma de capacitación, sino también de producción, autorizó su uso a dos formadores a su cargo; que, su responsabilidad era vigilar y garantizar que los usuarios se transmitieran entre el cliente y el formador; que, Milton Castro, era formador a su cargo, y cometió un error cambiando la dirección de una factura a un cliente, a través de la plataforma de producción a la cual ingresó con el usuario en cuestión, por lo que, el cliente CLARO, se molestó y en la empresa demandada, no estaba claro si tal conducta iba a ser tipificada como un fraude; dijo que, como no se había definido dicha situación cuando le preguntó al señor Castro, por lo que había pasado, éste me dijo que él iba a renunciar a lo que el actor no le vio inconveniente pues todavía no se había definido si iban o no a citarlo a descargos; refiere que era con los del manejo y la seguridad informática, así como del uso adecuado de los usuarios y contraseñas.

La representante legal de la demandada, señaló que entre el año 2010 a 2013 el demandante, tenía a su cargo la campaña de la empresa CLARO; que manejaban dos clases de usuarios, uno en capacitación, a efectos de mostrarles a los muchachos cómo era el manejo de las pantallas, de pruebas y otros, para producción; en la capacitación CLARO daba los usuarios, y al mismo tiempo cuando entraban los muchos a capacitación, el formador o el jefe de capacitación tiene la responsabilidad de tomar los datos de los muchachos que entran a capacitación, para solicitar los usuarios que ellos deben utilizar cuando pasan a producción, luego se pasa dicha información a un back office o persona intermediaria entre CLARO y el jefe de capacitación, encargado de solicitar los usuarios y una vez se termina la capacitación el formador entrega los usuarios al personal que aprueba, pero tiene la responsabilidad, que si uno de los muchachos no termina la capacitación o no es contratado finalmente, tiene que entregar esos usuarios de producción al back office, para que éste lo devuelva a CLARO y sea anulado, pues, como son usuarios de producción, con ello pueden hacer todos cambios que generalmente las personas llaman a solicitar en el servicio al cliente de CLARO; que, en el año 2013, los usuarios del cliente CLARO, fueron entregados por el back office al jefe de capacitación, que era el demandante; y que, Milton Castro, fue quien para el año 2013, le dio un uso indebido al usuario de capacitación.

El testigo JOSÉ ANDRÉS ARCHILA CASTAÑO, dijo desconocer las causales de terminación del contrato de trabajo del demandante; CARLOS FABIAN HUERFANO RODRIGUEZ, señaló que, en una época hubo un inconveniente con los usuarios de varios compañeros, que no tenía un usuario propio, por utilizaban uno, que manejaban para capacitación y pruebas, pero, que al

parecer, Milton Castro, no ingresó al ambiente de pruebas, sino de producción y realizó algunos cambios en datos demográficos de un cliente de CLARO, pero no tuvo conocimiento de pérdida económica o un detrimento para el cliente o la empresa; que, en el proceso de solicitud de usuarios, los formadores siempre enviaban copia del correo electrónico al demandante y a la Directora de Capacitación; que, el actor, no tenía ninguna responsabilidad sobre los usuarios, pues, dicha obligación era de los formadores.

Finalmente, MARÍA ANGÉLICA RODRÍGUEZ BUITRAGO, informó que, para agosto o septiembre de 2013, recibió una llamada de un jefe de operaciones, que es la persona que tiene a cargo los procesos de atención de los agentes, él le dijo que estaba pendiente una respuesta del demandante, por un fraude que se había cometido con un usuario; que, ella se comunicó con el actor, y éste le dijo que estaban investigando, que parecía que no había pasado nada, que Milton Castro, uno de los formadores a su cargo, era el involucrado; por lo que, ella le pidió que lo citara a descargos, pero que el demandante, desacató esa orden, le aceptó la renuncia al señor Castro, quien se fue de la empresa, sin dar ninguna explicación; que, el cliente CLARO, les impuso una multa de aproximadamente \$4.000.000, por esos hechos, ya que, lo que realmente ocurrió fue que se hizo un cambio en un plan de telefónica celular, pero, finalmente el fraude no fue probado, ni se pudo identificar al responsable.

También se allegó al plenario el Manual de Políticas de Seguridad de la Información de la demandada, que contiene las medidas correspondientes, para que, tanto colaboradores, contratistas, proveedores, clientes, como terceras personas, protejan la información que manejaban en el desempeño de sus funciones; y, donde, respecto al manejo de contraseñas, se establece que éstas nunca deben compartirse con otros, y que, en caso de hacerlo, la persona se expone a las consecuencias de las acciones que otros hagan con ellas (fl.327).

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que pese a la política de la demandada, para que sus trabajadores, no compartieran los usuarios ni claves de acceso a los sistemas de sus clientes, prohibición de la cual era concedor el demandante, éste justificando su actuar, por razones técnicas y de cumplimiento de metas, compartió su usuario para que otros formadores accedieran a las plataformas de capacitación de a través de él; no obstante, una vez los formadores a su cargo le comunicaron, que con dicha información también se podía ingresar a la plataforma de producción, el actor, como lo dijo en la diligencia de descargos, se limitó a decirles que lo utilizaron con mayor precaución, sin poner en conocimiento de la demandada dicha situación o tomar las medidas pertinentes, para que sus formadores o él directamente, solicitaran el cambio de usuario o la creación de uno nuevo exclusivo para el entrenamiento del nuevo personal, abriendo con ello, la posibilidad de que el usuario tantas veces mencionado, fuera empleado en actividades para las cuales no se había autorizado su uso; y, si bien, se dice por el demandante y

el testigo CARLOS FABIAN HUERFANO RODRIGUEZ, que sólo se cambiaron unos datos demográficos, que no se demostró ningún fraude y ello no le trajo ninguna consecuencia adversa a la empresa, ni al cliente, lo cierto es que, el trabajador, sin incumplió con la política de seguridad informática de la empresa y con su actor, puso en riesgo la operación de la misma, además, como informó la testigo MARÍA ANGÉLICA RODRÍGUEZ, la demandada, si fue multada por dicha situación, causándole así un detrimento patrimonial al empleador, con lo que se logra demostrar la justificación de la accionada, para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante.

En ese orden de ideas, también se recoverá el numeral 5 del ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada, de la indemnización por despido sin justa causa.

Sin costas en esta Instancia. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, DECLARAR que, entre el demandante FRANCISCO JAVIER NIETO PARAMO y la demandada AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A, existieron tres contratos de trabajo, el primero, desde el 1 de mayo de 2005 al 30 de junio de 2006; el segundo, del 23 de julio de 2007 al 17 de diciembre de 2008, y, el tercero, del 9 de enero de 2009 al 4 de septiembre de 2013, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá; en consecuencia, ABSUÉLVASE a la demandada AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante FRANCISCO JAVIER NIETO PARAMO, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

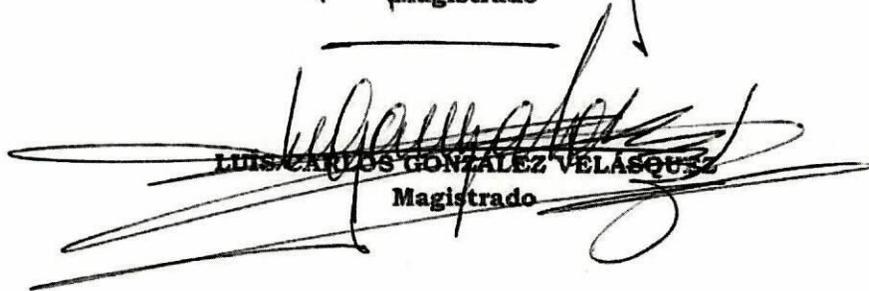
TERCERO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado