



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

Hoy **29 DE JULIO DE 2021**, siendo las 2 P M, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 196**, integrada por el suscrito quien la preside **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** en compañía de los magistrados **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y el **Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (A) señor (a) **CARMEN ROSA HORMIGA PALECHOR** en contra de **ACCIONES Y SERVICIOS S.A. y JHONSON & JHONSON DE COLOMBIA S.A.**, bajo radicación **-015-2016-00071-01**, en donde se resuelve la **Apelación** presentada por el demandante en contra de la *sentencia No. 043 del 23 de Febrero del 2017*, proferida por el *juzgado 15º Laboral del Circuito de Cali* mediante la cual **ABSOLVIÓ** de la declaratoria de un contrato de trabajo con **JHONSON** y la nivelación salarial junto con las diferencias salariales y prestacionales solicitadas, con reajuste a los aportes a la seguridad social.

razones del juzgado: i) Se tendrá en cuenta la providencia de la corte suprema SL 6107/2014 sobre intermediación laboral en la que hay solución de continuidad con contratación en actividades diferentes, también providencia donde se habla de nivelación salarial donde se requiere factor de comparación que conlleve a una similitud, al igual que la sentencia sobre la carga de la prueba donde atañe la carga al demandante acreditar los supuestos de hecho, sin que la facultad oficiosa del juez de primera instancia lo exonere, tampoco la carga de segunda instancia de practicar las pruebas decretadas y no practicadas, si bien las estime convenientes, ii) en el presente caso se aceptó la prestación del servicio con jhonson y ésta desvirtuó la presunción con el contrato firmado con acciones y servicios para que le preste trabajadores, iii) considera el juzgado que no se dio una relación permanente como lo dice la demandante pues la jurisprudencia dice que cuando no hay solución de continuidad no puede verse como una sola, menos cuando hay diferentes cargos y funciones conforme el folio 106, pero para acciones y servicios, por ello la relación laboral es la que parte de los contratos aportados, iv) entre la fecha de inicio y la terminación entre uno y otro pasaron más de 15 días, sin que sea Jonhson el empleador pues existe un contrato con acciones y servicios para la prestaciones de trabajadores, v) frente a la nivelación salarial, no se ha demostrado que acciones y servicios por la misma actividad de la actora realizara unos pagos superiores. Jonhson si pagaba salarios superiores, pero no se demuestra que fueran las mismas actividades, pues trabajadores de Jonhson empacaban, pero también tenían otras funciones, por eso estando la carga probatoria en la dte y no lo hizo, se despacha desfavorablemente las pretensiones.

Apelación demandante: a) si bien el juzgado se ampara en sentencia SL6107, son abundantes las jurisprudencias de la sala laboral de la corte y de la corte constitucional en situaciones similares a las de este proceso sobre contrato realidad y fueron citadas en la parte de la demanda, donde también el tribunal en esta situación considera que hay un contrato realidad con la empresa que ha recibido el servicio, no se aplicó el principio de favorabilidad y las sentencias abundantes, b) aun aportando la demandada un contrato entre la empresa y la intermediaria, la jurisprudencia ha considerado que hay contrato realidad, y que esos términos no interrumpen un verdadero contrato, por eso difiere del fallo, c) solicita se reconozca el recurso de apelación, y en cuanto al trabajo que realizaba la demandante que siempre fue de empacadora, pero una vez reubicada por la enfermedad profesional se le dieron otras funciones, tuvo que ser ubicada en otras funciones pero su cargo siempre fue de empacadora, que es una actividad de Jonhson, d) en el 2014 fue calificada por enfermedad profesional y le dan las restricciones al empleador para otras funciones pero su cargo fue de empacador, e) el ministerio del trabajo tiene artículos donde dice que la tercerizaciones laboral es un fraude que se está haciendo a la ley y en los fallos jurisprudenciales que también ha proferido el tribunal de Cali apela el fallo, con base en el principio de la realidad sobre las formalidades.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, por lo que procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No. 168

La sentencia Apelada debe **REVOCARSE**, son razones: a) No entender excluido de la presunción del Art.24 del C.S.T al esfuerzo humano productivo a favor de otro, aun cuando se preste el servicio por medio de otra empresa, si finalmente ese esfuerzo es continuado, remunerado y a beneficio de aquella b) Entenderse como hecho cierto el derecho a la reinstalación propia de la protección laboral en persona en condiciones de discapacidad, con independencia de lo rituado en la acción constitucional precedentemente presentada, la que perdió vigencia al no accionarse dentro del término dispuesto por el juez constitucional a fin de dar perseverancia a la orden constitucional.

Dada la particularidad del evento bajo examen, se hace necesario precisar que el paso en silencio del término dispuesto por el juez constitucional para mantener activa la orden de tutela, no desquicia la acción ordinaria ahora pretendida, pues dicha orden constitucional fue transitoria y modulada con esas condiciones.

Es que, en este evento, la sentencia de tutela del **20 de octubre de 2015** (providencia confirmada en segunda instancia con fallo del **24 de noviembre de 2015** (fl. 44-61) y excluida de revisión por la Corte Constitucional¹), como ahí se ve (fl. 57), fue hasta por cuatro meses a partir del fallo de esa tutela, a no ser que, dentro del tiempo señalado, se hubiese excitado la jurisdicción laboral, cosa que no ocurrió, ya que esta acción ordinaria fue instaurada el día **24 de febrero de 2016** (fl. 72).

a) PRESUNCIÓN DEL ART. 24 CST

Por lo anterior, cumple averiguar la situación laboral existente entre la peticionaria y los sujetos comprometidos **ACCIONES Y SERVICIOS S.A. y JHONSON & JHONSON DE COLOMBIA S.A.** para ese efecto téngase en cuenta la aceptación de la primera empresa, la de servicios, de ser la verdadera empleadora de la reclamante, así como también se tiene en consideración la posición de la empresa usuaria; repudia su condición de empleadora anotando existir solamente entre las personas jurídicas: un vínculo comercial, de servicios de carácter civil permitidos por el C.S.T. (hecho primero de su contestación).

Con ese panorama dialógico argumental corresponde pasar a desatar la tensión propuesta, lo que se vigoriza en tanto media la afirmación desde la demanda de existir una contratación laboral con **JHONSON & JHONSON DE COLOMBIA S.A.**, siendo la codemandada intermediaria (hechos 1 a 4

1

T5444764	HORMIGA PALECHOR CARMEN ROSA	ACCIONES Y SERVICIOS S.A Y OTRO	CALLIVALLE DEL CAUCA, JUZGADO 23 CIVIL MUNICIPAL	CALLIVALLE DEL CAUCA, JUZGADO 6 CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD	Mar 16 2016
----------	---------------------------------	---------------------------------	--	---	-------------

 T5444764

Etapa	Actuación Secretaría
Radicación	Mar 16 2016
Diligenciamiento Formato Reseña Esquemática	Mar 17 2016
Envío Expediente a Sala de Selección	Mar 18 2016
No Seleccionado para Revisión Ver auto  Ver estado 	Abr 14 2016
Comunic. Decisión No Seleccionada para Revisión	Abr 29 2016
Fijación- Desfijación Estado No Seleccionada	Abr 29 2016
Devolución a juzgado de origen	Jun 14 2016

del escrito inicial), es que esa mera anunciación, por sí sola, hace residir en la jurisdicción especializada competencia para dirimir el conflicto jurídico, según lo ha entendido la jurisprudencia social².

Para su discernimiento, también la judicatura en estos eventos avisa, antes y ahora, varias reglas jurisprudenciales, las que sin duda demarcan el análisis a seguir: i) lo relativo a la presunción del contrato de trabajo, que, según tratadistas nacionales: *solo puede desvirtuarse probando la inexistencia de la relación*³, ii) la no exclusión en ese beneficio presuntivo y sustantivo de ninguna forma de relación de trabajo, iii) lo referente al modelo o método heurístico para darle lugar a esa presunción.

Para lo primero, dígase que en efecto la mentada presunción exige la categorización de la relación de trabajo, en ese sentido, vale precisarla a tono con la jurisprudencia: *“prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial, continuado, dependiente y remunerado”* (Sent.31 de mayo de 1955), lo que permite entender que se trata de un esfuerzo humano dependiente y productivo a favor de otro, que como tal goza de la protección constitucional dada al trabajo en todas sus formas lícitas (Art.25 de la C.N)

De modo igual y por la forma del diseño legislativo planteado desde 1950, cabe categorizar haberse establecido esa presunción sin restricción alguna, abierta e integral, con lo que se quiere significar que el legislador utilizó de modo consciente la expresión “toda relación de trabajo personal”, lo que bien pudo haberse hecho de otro modo, pero no se hizo, a pesar de conocerse desde esas calendas la existencia de otras posibilidades productivas u organizacionales del capital, propias del mundo laboral pero no inherentes al contrato de trabajo.

2 Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral, Sentencia marzo 14 de 1975:“Por otra parte, la competencia que trata el artículo 2 del código procesal del trabajo no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso. El apoyo que el demandante dé a sus pretensiones en un contrato de trabajo, determina la competencia del juzgador y no es posible decidir como excepción previa lo que es precisamente el fundamento del fondo de la controversia. Por ello no es admisible lo planteado en el cargo, ya que el juez del trabajo es competente para conocer de los juicios que se inicien con base en un contrato de trabajo, y debe absolver de las pretensiones que tengan el apoyo, cuando no se establezca esa clase de relación laboral”

³ Derecho Laboral Colombiano, domingo campos Rivera, 1981.

Ciertamente, para los tiempos anteriores a las calendas del código sustantivo del trabajo ya existía en Colombia la normativa diseñada para los dueños de la empresa⁴, contratistas e intermediarios⁵, de modo que bien pudo el hacedor de leyes dejar esa presunción para determinados eventos o formas de producción o de servicios, pero no estableció excepciones a esa presunción.

Igual aconteció en los tiempos de reforma del mentado código, en el año 1965 y en 1990 con la ley 50, adicionándose el articulado 24 del C.S.T con la llamada inversión de la carga de la prueba, que fuere declarada inexecutable con la C-665 del año 1998, pero que sigue siendo cierto no haberse dado excepciones en la aplicación de la referida presunción social, la que sigue siendo natural en el derecho tuitivo laboral, al ser esa acción afirmativa propia del derecho laboral.

También es de observar, que la respuesta del derecho laboral a las nuevas y necesarias modificaciones sociales que se imponen con la globalización o la universalidad de la producción, no se niegan dentro del marco conceptual del Art.1 de esa codificación: la búsqueda de la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, lo que bien se ajusta al contenido normativo del preámbulo de la constitución, para garantizar un orden político, económico y social justo.

Con esa marcación dada a la referida presunción, se destaca su propia literalidad, lo que permite avisar su gran cobertura, por lo que se considera concierne en un todo al esfuerzo humano personal, sin distinción de su forma de contratación: directa, indirecta, asociado, cooperado; contratista o tercerizado, pero sí que lo sea a beneficio del que lo remunera, que se llama empleador, tal cual se alega en esta causa., excepto, si ocurre la prestación del servicio de la forma dicha en los Arts. 6, 34 y 35 del C.S.T.

De modo constante, también se tiene por averiguado, para la tipicidad de esa relación contractual de trabajo personal que la subordinación del tipo laboral, como su elemento definitorio, se presume,

4

4 “El artículo 7o de la Ley 133 de 1931, establece lo siguiente: “El dueño de la empresa es quien debe cumplir con todas las obligaciones establecidas en las leyes de trabajo”. ...Cuando el trabajo se realice por cuenta de una persona que tenga un vínculo de continuada dependencia con la empresa o con el dueño, corresponderá a éstos dar cumplimiento al pago del seguro colectivo y demás obligaciones legales, si el intermediario no cumpliera la obligación, pero la empresa o dueño que haga el pago podrá repetir contra el intermediario con los términos que se estipulan en el respectivo contrato. ...Para determinar si la disposición transcrita es o no aplicable al caso materia de la consulta, es necesario establecer lo que debe entenderse por dueño de la empresa, como sujeto obligado al cumplimiento de las prestaciones sociales consagradas a favor de sus trabajadores. ... El dueño de una empresa es aquel que la explota por su cuenta y riesgo, aportando el capital, medios de producción, materia prima, etc. Sea en forma directa o por conducto de un intermediario o contratista. ... “Ahora bien: de conformidad con lo expuesto, se observa que en el caso de la consulta, el dueño de la empresa y negocio es la persona que suministrara todos los elementos necesarios en la elaboración del pan, para que el intermediario le entregue diariamente el producto a cambio de determinado precio; es decir, que el productor no es más que un simple intermediario o contratista del dueño de la empresa, que explota en su provecho la fabricación de pan. Más, como dicho intermediario es quien contrata directamente el personal de trabajadores y operarios para la elaboración del referido producto, y, en este sentido, aparece muy claro el vínculo o relación contractual de trabajo entre éstos y aquél, por ser quien los contrata, paga sus salarios y les imparte las órdenes del caso para el desempeño de sus labores, este Despacho considera que es el primeramente obligado al reconocimiento de las prestaciones sociales, entre ellas la doble remuneración por el contrato dominical. Pero en el caso de que tal intermediario no cumpliera con sus obligaciones legales, éstas corresponderán al dueño del negocio o empresario, de conformidad con los términos del mencionado artículo o de la ley 133 de 1931” **(Concepto del Departamento Nacional del Trabajo, de Diciembre 14 de 1943)**

5 “Configúrese así el intermediario como la persona natural o jurídica que en su relación con el dueño del establecimiento, empresa o negocio, celebra en el fondo el contrato de trabajo en beneficio económico de este, y en relación con el empleado conserva la dirección y mandato, traducida en la autoridad que el empleado reconoce mediante subordinación personal, técnica y económica” (Doctrina Sentada por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 14 de septiembre de 1943, de segunda instancia, en juicio seguido por Pedro Luis Angel contra Leonor Caicedo de Rojas. Revista Justicia, No 118 a 121)

correspondiéndole a quien afirma la existencia de un vínculo diferente proceder a desvirtuar la del tipo jurídico -laboral inicialmente afirmado. (C-665 DE 1998)⁶

Pero esa pervivencia del primado contractual social no ha sido ajena a los pronunciamientos especializados, en donde tiene lugar jurídico-laboralmente la preminencia de lo real, por encima de la narrativa convencional escrita, cualquiera que sea la materia, por lo que imperan las condiciones en las que se prestó el servicio o se dio ese aporte laboral. (Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de septiembre de 1960.M.P. José Joaquín Rodríguez.

Si estimaba la sociedad que Flórez no fue su trabajador, es obvio que carecía de facultades para ponerle término al contrato laboral. Al tomar la decisión no podía ignorar la existencia del vínculo jurídico ni las consecuencias que acarrea la falta de pago de deudas pendientes al tiempo de su expiración. En presencia de este hecho, no puede sostenerse que hubo duda justificada sobre la naturaleza de las relaciones jurídicas entre la compañía y el actor. Por lo demás, como aparece del estudio realizado en el cargo anterior, la parte demandada se limitó a

negar la relación de trabajo con el demandante, aduciendo en su defensa el convenio comercial de que se ha hecho mérito, sin aportar ningún otro elemento de juicio, y ya se ha dicho que el solo contrato escrito, sin establecer que en la práctica se ejecutó conforme a sus estipulaciones, es inoponible al actor, quien acreditó plenamente haber prestado sus servicios en el establecimiento comercial de propiedad de la sociedad. Y como de

(...)

Del proceso no resulta que Sandoval hubiera sido contratista independiente, sino representante de "Leonidas Lara e Hijos". En consecuencia, no eran aplicables al caso de autos el artículo 34 del Código del Trabajo y el 1.571 del Código Civil, ni las normas del Código de Comercio que cita la sentencia. Tampoco lo rige el artículo 43 del estatuto laboral, como lo estima el fallador, pues la norma contempla la hipótesis de que del propio contrato de trabajo resultan cláusulas ilícitas o ilegales, pero no es ese el fenómeno que se presenta en el juicio, porque la ilegalidad la ofrece el convenio comercial, según la sentencia, no el contrato laboral. Este emerge, no del convenio sino de los hechos del proceso, que por traducir la verdad real la Corte ha preferido a la convención escrita. Rectifica así la Sala los concep-

Mas recientemente la jurisprudencia ha señalado:

6 LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES > CONTRATO DE TRABAJO, CONTRATO REALIDAD > PRESUNCIÓN - Acreditada la prestación personal del servicio opera la presunción contemplada en el artículo 24 del CST; por tanto, el juez no tiene que verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó (**SL516-2021**)

“Merece especial atención el señalamiento de los demandantes frente a la prohibición absoluta de que los contratos de prestación de servicios generen relaciones laborales y prestaciones sociales, aun cuando -en su sentir- en la práctica ocurran verdaderas relaciones laborales dentro de la forma de esos contratos. Si bien, las anteriores limitaciones son consecuencia lógica deducible del reconocimiento que el Legislador ordinario mantuvo de la naturaleza y elementos sustanciales del contrato de prestación de servicios, en la preceptiva en cuestión, la Corte considera que el Legislador al usar la expresión *"En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales"* para calificar la prohibición, en manera alguna consagró una presunción *de iure* o de derecho, que no admite prueba en contrario, como se señala en la demanda, ya que el afectado, como se ha expresado, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y las consecuencias derivadas del presunto contrato de trabajo relacionadas con el pago de prestaciones sociales.

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto *sub lite*, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual *"agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo."* **C-154 de 1997**

Lo visto en precedencia permite entonces señalar delantadamente, que en un todo tiene aplicación para el caso presente la ritualidad contractual laboral, dado que **JHONSON & JHONSON DE COLOMBIA S.A.** confesó los elementos base de la relación de trabajo personal, vale decir, la materialidad a su favor del servicio prestado por la reclamante, como empacadora, sin que sea de recibo la razón de su rechazo a la responsabilidad social, no ser la actividad de la reclamante del corazón del negocio, tal como se dice al contestarse la demanda, menos, le contribuye, la ambigüedad de la defensa: la existencia de un vínculo comercial, o de uno de carácter civil, o de contratista independiente, siendo claro que ese trabajo no es gratuito y si remunerado, además de continuado.

En el caso que nos ocupa no hay discusión sobre la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la usuaria **JHONSON & JHONSON**, así se acepta por la beneficiaria del servicio en su contestación al hecho 1º y 2º (fl. 160 y 161), en el que trae en su defensa la existencia de un contrato de prestación de servicios con **ACCIONES Y SERVICIOS** con el fin de recibir los servicios de la demandante. Afirmaciones que expresan la consentida prestación efectiva de un servicio a su favor, sino también que **JHONSON & JHONSON** era la beneficiaria del mismo, actividad que se dio en las instalaciones de la empresa usuaria (hecho 2º contestación fl. 161).

Fluye entonces que hubo servicios personales por parte de la reclamante y en beneficio de otro dentro de las instalaciones de la empresa accionada, pero bajo las afirmaciones defensivas de no ser dichas actividades propias de la empresa usuaria, en tanto siempre la tenían como trabajador remitido por su contratista **ACCIONES**; situaciones todas al contrario de lo postulado por la accionada, permisivas para abonar la laboralidad contractual, con lo que se permite hacerlas ver de ese modo jurídico, es decir, que sí se cumplieron funciones de la empresa, como es el empaque de sus productos, y además, la actividad de empaque responde a los productos facturados por **JHONSON**, independientemente de que posteriormente sean distribuidos a otras empresas, que los adquieren para su distribución y/o venta.

Es que, las actividades ejercidas por la demandante lo fueron por tiempo prolongado, véase de los contratos aportados firmados por la trabajadora, siendo sus servicios necesitados desde **enero de 1997** (fl. 114), lo que a la óptica de la Sala predica la clásica tercerización de la relación laboral, pues con esta tesis se propone el pago de los servicios a través o mediante un tercero; desconociéndose que esa excepcional forma de contratación en Colombia recae solo en casos estrictamente regulados por la ley, siendo esos y no ningún otro los permitidos para contratar de modo diferente.

Por lo que, contrario a la tesis del juzgado, la sola firma de un contrato de prestación de servicios entre **ACCIONES Y SERVICIOS** y **JHONSON & JHONSON** lejos está de poder desvirtuar la presunción del **art. 24 CST**, pues para esa conjugación, ya se vio le correspondía adecuar procesalmente en esta causa los elementos propios de ese contrato civil, comercial o de contratista independiente, todo lo cual se proyecta contenido material, siendo la realidad, la prestación personal del servicio, en las instalaciones de la usuaria, tal y como lo afirmó la testigo **LUDIVIA VASQUEZ** (registro audio 9:56 fl. 211), quien como trabajadora que también fue empacadora en **JHONSON** desde el **año 2010**, afirmó ver trabajar a la demandante en las instalaciones de la empresa, primero como empacadora, luego tras su reubicación por problemas de salud, en el documentado de fabricación de jabones.

Es que, en la actividad de empacado, en donde se dice no había personal de ACCIONES, sino que se les debía acatamiento a las directrices del ingeniero de producción de JHONSON, a quien también debían pedirle permiso para las ausencias o salidas de su puesto de trabajo.

Actividades propias de la empresa usuaria, que en el caso de la demandante han sido ejercidas todo este tiempo de forma prolongada.

Así pues, no se ofende en nada al derecho si se entiende a JHONSON como verdadero empleador y a la sociedad ACCIONES como contratista, empresa que admite en la práctica su condición de empresa de servicios temporales, tal y como se ve en la certificación que expidió a folio 10 y 140 donde da cuenta del envío de la demandante en misión, durante todo el tiempo de su vinculación laboral. Realidad contractual con la que ni siquiera se respetan los topes temporales aceptados por la legislación patria para que haya una relación especial de esa estirpe⁷.

Con todo lo anterior, a la óptica de la Sala de Decisión no solo se da aire al entendido de una relación laboral entre la demandante y la usuaria, sino que aflora el mal logrado encubrimiento de la responsabilidad patronal de la empresa usuaria, intervención de una calidad jurídica con ánimo defraudatorio, dado que surge diáfana la ilicitud laboral al ejercer actividades en contra de la normativa laboral.

Es por todo lo anterior que se decanta la existencia de un contrato realidad con **JHONSON & JHONSON**, del cual debe hablarse sobre los extremos temporales.

Con los contratos de trabajo, se ve la ejecución de varias labores por la demandante, se firmaron contratos para ejercer el cargo de *EMPACADORA* y el de *AYUDANTE* en las siguientes fechas:

⁷ CSJ SL17025-2016, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo: *“El suministro de trabajadores en misión puede hacerse por un término de seis meses, prorrogable hasta por seis meses más”, “...Con mayor razón, cuando previamente se ha constatado una infracción de la ley, reflejada en que los servicios temporales contratados nunca se enmarcaron en las causales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, vale decir, no tenían por objeto reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad, realizar actividades ocasionales, accidentales o transitorias, atender incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías en los tiempos máximos de ley”.*

- Contrato de obra del **11 de abril de 1994 al 29 de julio de 1994** (fl. 10)
- Contrato de obra del **16 de agosto de 1994 al 22 de diciembre de 1994** (fl. 10)
- Contrato de obra del **02 de enero de 1995 al 17 de diciembre de 1995** (fl. 10)
- Contrato de obra del **04 de enero de 1996 al 18 de diciembre de 1996**(fl. 10)
- Contrato de obra del **04 de enero de 1996 al 18 de diciembre de 1996**(fl. 10)
- AYUDANTE – **03 de Enero de 1997 al 19 de diciembre de 1997** (fl. 10 y 114)
- Contrato de obra del **05 de enero de 1998 al 17 de diciembre de 1998** (fl. 10)
- Contrato de obra del **05 de enero de 1999 al 22 de diciembre de 1999** (fl. 10)
- EMPACADORA – **05 de Enero del 2000 al 11 de noviembre del 2000** (fl. 11 y 113)
- Contrato de obra del **27 de noviembre del 2000 al 20 de diciembre de 2000** (fl. 11)
- AYUDANTE GENERAL – **03 de Enero del 2001 al 23 de diciembre del 2001** (fl. 11 y 111)
- AYUDANTE GENERAL – **02 de Enero del 2002 al 30 de diciembre del 2002** (fl. 12 y 112)
- AYUDANTE GENERAL – **02 de Enero del 2003 al 24 de diciembre del 2003** (fl. 12 y 109)
- AYUDANTE GENERAL – **02 de Enero del 2004 al 22 de diciembre del 2004** (fl. 13 y 108)
- EMPACADOR – **03 de Enero del 2005 al 21 de diciembre del 2005** (fl. 13 y 107)
- EMPACADOR – **02 de Enero del 2006 al 22 de diciembre del 2006** (fl. 13 y 106)
- EMPACADOR TOCADOR – **02 de Enero del 2007 al 23 de diciembre del 2007** (fl. 13 y 105)
- EMPACADOR TOCADOR – **02 de Enero del 2008 al 19 de diciembre del 2008** (fl. 13 y 104)
- EMPACADOR TOCADOR – **02 de Enero del 2009 al 22 de diciembre del 2009** (fl. 13 y 103)
- EMPACADOR TOCADOR – **04 de Enero del 2010 al 30 de diciembre del 2010** (fl. 14 y 102)
- Contrato de obra del **02 de enero de 2011 al 22 de diciembre de 2011**(fl. 14)
- Contrato de obra del **02 de enero de 2012 al 21 de diciembre de 2012** (fl. 14 y 15)
- EMPACADOR TOCADOR – **01 de Enero del 2013 al 21 de diciembre de 2013** (fl. 15 y 100)
- EMPACADOR TOCADOR – **01 de Enero del 2014 al 28 de septiembre de 2015** (fl. 19 y 99)

De los contratos relacionados, es evidente no solo la continuidad del servicio por más de veinte años a favor de la usuaria **JHONSON & JHONSON** (fl.s 10 al 19, 109 al 1114), sino la continuidad entre los contratos, desconociendo el juzgado que esos días no cubiertos entre cada contrato, no sobrepasan siquiera los 15 días (**SL981-2019, Radicación n.º 74084 del 20 de febrero de 2019**)⁸, lo que puede entenderse como el disfrute en dicho periodo de las vacaciones del trabajador.

De otro lado, se ven vinculaciones laborales realizadas bajo la modalidad de contrato por duración de la obra o labor contratada, pero en ellos no se identifican cual era esa obra, menos, la duración de la misma, tal como lo exige la codificación laboral (**artículo 45**), de modo pues que si un contrato de trabajo se rotula bajo la cualificación de obra o labor y en su clausulado no se detalla ninguna posibilidad jurídica ni física de poderlo determinar, lo que corresponde es tenerlo como de duración indefinida, así lo indica el **artículo 47** de la misma codificación social nacional al señalar que el contrato no estipulado en término fijo o cuya duración no esté determinada por la obra o la naturaleza de labor contratada es un contrato a término indefinido.

Falencias evidenciadas en la contratación realizada a la demandante, por lo que dan cabida a un contrato realidad a término indefinido desde el **11 de abril del 1994** a la fecha de la presentación de la demanda (**24/febrero de 2016** fl. 72), pues no se tiene noticia de ninguna de las partes, de haberse

⁸ **SL981-2019, Radicación n.º 74084 del 20 de febrero de 2019**: “En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015...”

dado por terminada la relación laboral, por el contrario, se le permitió la no prestación personal del servicio sin la suspensión del pago de sus salarios (fl. 20).

Es por lo anterior que se revocará la sentencia de instancia y se ordenará el reconocimiento del contrato realidad entre la actora y **JHONSON** desde el **11 de abril de 1994** hasta la fecha de la sentencia.

NIVELACION SALARIAL

En lo atinente a la apelación presentada por el demandante sobre la nivelación salarial, cabe puntualizar que el anhelo demandatorio hace relación con la equivalencia del cargo de empacadora por ella ejercido, a un cargo dentro de JHONSON & JHONSON, siendo ese el primer yerro que impide la revisión del asunto, ni siquiera en el hecho 10º de la demanda que sustenta esta pretensión, no se da un nombre del cargo de planta con el que quiere ser equiparada, menos identifica a un trabajador que siendo de planta en JHONSON, cumpla iguales funciones de la demandante y de ahí poder realizar su comparación y nivelación con él, es un asunto relacional que exige demostrar paridad, como tampoco en el haz probatorio existe siquiera coherencia o punto de partida sobre el cargo de la empresa al cual quiere ser nivelado, pues de éste cargo de empacador no se tiene conocimiento sobre cuáles eran las funciones de un trabajador de planta de la empresa y que fueran afines a las ejecutadas por la reclamante, por el contrario, es la misma demandante quien en interrogatorio de parte dice que las actividades que ella ejercía, nadie más en la empresa las realizaba (registro audio 0:44:00 fl. 214), por lo tanto no existe un comparativo con las funciones que ejercía la actora, siendo responsabilidad de quien lo afirma, probarlo en el proceso (**art. 167 CGP**).

Por consiguiente, no se puede objetivar similitud de funciones entre las cumplidas por la demandante con las de la empresa demandada, ni siquiera se sabe el cargo con el cual se quiere tal similitud.

No está de más recordar que en estos ejercicios reflexivos, y, con el principio mínimo laboral de a trabajo igual salario igual, concurrente con una remuneración mínima vital y móvil, además, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, no sólo se exige similitud en las funciones sino igual calidad, que es lo que también se echa de menos. Son éstas entonces la razón de la Corporación para confirmar la absolución de instancia en este punto.

PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA

Ahora bien, es de manifestar que pese a no ser la pretensión un punto apelado por la demandante en sus razones de impugnación, considera la Sala que responde a un derecho mínimo laboral y un derecho fundamental (**C-028 de 2019⁹ T149 de 1995¹⁰**) y por ello, siendo debatida esta pretensión por

⁹ “4. El principio constitucional de estabilidad en el empleo y el periodo de prueba. Diferenciación en el tratamiento entre trabajadores domésticos y los trabajadores en general

...

4.4. De manera que, con respaldo en el artículo 53 superior, la privación del trabajo debe ser motivada⁹, sin arbitrariedad y sujeta a un procedimiento de comprobación de la justa causa, como un derivado de principios mínimos fundamentales del trabajo, entre los que se encuentra la estabilidad en el empleo, que aparece como límite a la libertad contractual de las partes⁹.”

¹⁰ “El artículo 53 de la Carta Política consagra el principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales - entre ellos el salario-. El principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley. La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones

las partes, en sus hechos de demanda y contestación, esta Sala la abordará (**SL 11042 de 2014**¹¹, **SU 256 de 1996, C-070 de 2010**¹²).

Conforme la documental allegada, se desprende que la demandante ejerció funciones hasta **enero del 2015** cuando se le informa de la desprogramación de sus labores, pero conservando sus derechos laborales en garantía de su estabilidad laboral reforzada (fl. 21), estabilidad que sea de paso resaltar, es aceptada por acciones y servicios (folios 20, 35) nada distinto se puede indicar si en estos documentos no solo se enuncia esa realidad, sino que se expresa respetar, suceso con el cual viene al proceso esa realidad, pero a folio 37 ya se lo quiere opacar, asunto no superado con la normativa propuesta en el folio 37.

Así pues, la contestación de ACCIONES, en los hechos 2º, 4º, 6º y 9º, informa de la vigencia de la relación laboral hasta el momento de la contestación (**03 de junio de 2016** fl. 89), pero que no se le ha ubicado laboralmente a la actora, aflorando la necesidad de esa reubicación para la ejecución de sus labores (**T-843 de 2013**¹³), sin que se evidencie dentro de las actuaciones, fuente formal de la desvinculación de funciones, pues no fueron presentadas razones objetivas que impidan la reubicación de la actora, no se presenta al proceso si hubo o no estudio de las facultades académicas y/o habilidades permisivas para ejercer funciones acorde con sus capacidades actuales, siendo ese un elemento necesario en la salvaguarda de los derechos fundamentales invocados; sobre el punto la Corte Constitucional en la sentencia ya citada manifiesta:

Al respecto, la sentencia T-1040 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil) establece que *“1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador”* resultan determinantes para resolver los diferentes alcances del derecho a ser reubicado. Por tanto, *“[s]i la reubicación desborda la capacidad del*

10

de trabajo en perjuicio del trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana”.

¹¹ “Finalmente, para abundar en razones, esta Sala ha de recordar que conforme a la sentencia C-968 de 2003 de la Corte Constitucional, que condicionó la exequibilidad del CPT art. 66 A y SS, el recurso de apelación comprende no solo los asuntos materia de inconformidad del apelante, sino también los derechos laborales mínimos e irrenunciables de los trabajadores, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados.”

¹² “La Corte puntualizó que en las anotadas condiciones debía entenderse que el examen del superior “no se limita a los asuntos desfavorables del fallo de primera instancia sobre los cuales versa la impugnación”, sino que debe comprender “todos aquellos aspectos desfavorables al trabajador que involucran beneficios mínimos irrenunciables” y por ello declaró la exequibilidad de la disposición en lo relativo a la apelación de la sentencia, pero bajo el entendido de que “las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador”.

Además, la Corporación precisó que el entendimiento prohijado “no desarticula el diseño legal de la apelación y la consulta, y tampoco desconoce los derechos fundamentales de defensa y contradicción de quienes intervienen en el proceso, ya que en dicha hipótesis el juez de grado superior que resuelve la apelación al quedar habilitado para pronunciarse sobre derechos mínimos irrenunciables que no fueron concedidos en primera instancia, debe hacerlo bajo el supuesto de que los hechos que le sirven de soporte hayan sido debatidos y probados en el proceso de acuerdo con los preceptos legales respectivos”.

¹³ “Las personas en condición de discapacidad son titulares del derecho a obtener una protección especial por parte del Estado colombiano de acuerdo a la Constitución Política de 1991 y a los tratados internacionales. De igual forma, a Colombia le asiste la obligación de garantizar la inclusión laboral de las personas en dicha circunstancia lo cual ha sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial mediante el derecho a la estabilidad laboral reforzada, que prohíbe la terminación del contrato de trabajo de las personas en condición de discapacidad sin mediar autorización de la oficina de Trabajo, so pena de que la determinación resulte ineficaz. Al mismo tiempo, **ese derecho implica la posibilidad de la reincorporación a la labor y la reubicación que no genere desmejoramiento de las condiciones de empleo, así como la búsqueda de alternativas laborales compatibles con su situación.**” Negrilla fuera del texto

empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador". Sin embargo, el empleador tiene la obligación de poner en conocimiento la existencia de tales hechos al trabajador y ofrecerle la oportunidad para que proponga soluciones razonables.

Eso sí, siempre teniendo en cuenta las recomendaciones médico laborales, dado que no se puede, so pretexto de una reinstalación, actuar en contra de la salud de la demandante, siendo especial para el caso resaltar la ausencia dentro de la relación laboral, de un control de Salud Ocupacional, que se echa de menos en el proceso, lo que incluye los exámenes médico ocupacionales, como evaluaciones pre ocupacionales, todo lo cual hace parte del programa de salud ocupacional y con ello surge la necesidad de adoptar las condiciones de trabajo y el medio laboral que rigen en esas recomendaciones sugeridas (**Resolución 2346 de 2007 modificada por la Res. 1918 de 2009**).

Y en el caso de la demandante donde no hay duda sobre la disminución física que padece (fl 38, 39) puede decirse, teniendo en cuenta el Acta de calificación de **noviembre de 2014**, que emerge el derecho a la definición científico médico ocupacional sobre la posibilidad de reubicación, pues omitir este elemento esencial de la experticia deja a las personas en situación de discapacidad sin uno de los elementos necesarios propios de la estabilidad laboral reforzada, la que no termina con la finalización del tratamiento médico del caso, sino con el regreso del ciudadano al mundo laboral, tratamiento especial que la constitución le confiere a todas las personas en esa situación.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada para en su lugar **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia.
2. **DECLARAR** la existencia de un contrato realidad entre **JHONSON & JHONSON S.A.** y la señora **CARMEN ROSA HORMIGA PALECHOR** el cual inició el **11 de abril de 1994 y continúa vigente a la fecha de la presente sentencia**, contrato en el que fungió como intermediaria laboral **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.**, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.
3. **CONDENAR** a **JHONSON & JHONSON S.A.** y **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.** llevar a cabo **DENTRO DE LOS CINCO DÍAS** siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, el trámite de determinación sobre la reubicación del actor, teniendo en cuenta las condiciones físicas y académicas, el control de Salud Ocupacional, exámenes médico ocupacionales, evaluaciones pre ocupacionales, que permitan obtener las condiciones de trabajo necesarias para la reinstalación. una vez obtengan los resultados anteriores, debe **DISPONER** a más tardar dentro de los **DIEZ DÍAS SIGUIENTES** a la ejecutoria de la presente sentencia su reintegro y reubicación en cargo acorde con las recomendaciones médico laborales existentes, en un cargo con los beneficios prestacionales y condiciones laborales iguales o mejores a las que disfrutaba al momento de la desubicación de la señora **CARMEN ROSA HORMIGA PALECHOR**. Sin que dicho término de cumplimiento judicial se tenga como solución de continuidad; conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

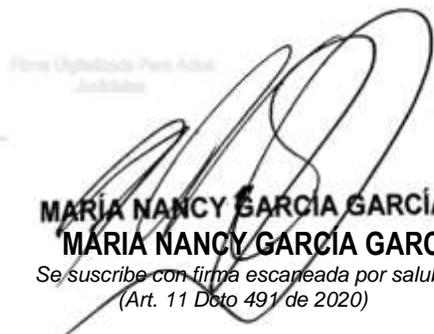
4. **CONDENAR** a **JHONSON & JHONSON S.A.** y en forma solidaria a **ACCIONES Y SERVICIOS S.A** a pagar a la señora **CARMEN ROSA HORMIGA PALECHOR** los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación hasta la fecha de su reintegro, sin que en todo caso exista un doble pago por dichos conceptos.
5. **CONFIRMAR** la ABSOLUCIÓN de **JHONSON & JHONSON S.A.** y **ACCIONES Y SERVICIOS S.A.** de las demás pretensiones de la demanda. Por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de las demandadas a favor de la demandante.
7. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



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

AUSENCIA JUSTIFICADA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA